Beschäftigungsanspruch und Beschäftigungszwang

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
einer Hohen juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Karl-Heinz Stolzenburg
Referendar
aus Berlin

Approbiert am 3. Juli 1936.

1936

Würzburg
Buchdruckerei Richard Mayr.

Referent: Univ.-Prof. Dr. Locher.

Meinen lieben Eltern!

Inhalts-Verzeichnis.

Schrifttum.

Ballinger, Die Rechtstellung des Unternehmers, 1936.
Bewer, Das Recht auf Beschäftigung, NZfABR., 1921, Jahrg. 1.
— Beschäftigungszwang, LZ, 1924, Jahrg. 18.
— Fürsorgepflicht und Beschäftigungszwang, RABl., 1922 (Nichtamt. Teil).
Braun, Der Schauspielervertrag, Diss. Erlangen, 1912.
Daubitz, Das Recht des Schauspielers auf Beschäftigung, Diss. Erlangen, 1914.
Dersch, Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Kommentar 1934.
— Beginn des Vertrauensratsamts, DABR., 1935, Heft 5.
Finkelstein, Das Recht des Bühnen- und Filmschauspielers auf Beschäftigung, 1930.
Franke, Die Beschäftigungspflicht im Akkordvertrag, bei Kaskel „Der Akkordlohn", 1927.
— Hat der Arbeitnehmer ein Recht auf Beschäftigung, NZfABR., 1925.
Fülling, Die Pflicht zur Beschäftigung Schwerbeschädigter, 1923.
Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, 1935, besonderer Teil.
Heermann, Anspruch des Arbeitnehmers auf Beschäftigung, Diss. Göttingen, 1925.
Hoche, Gesetzgebung des Kabinetts Hitler 11, 1935.
Hueck-Nipperdey, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Kommentar 1934.
Jaerisch, Lohnanspruch bei unvollendeter Akkordabeit, Diss. Mannheim, 1925.
Kaskel, Lohnanspruch Arbeitswilliger bei Betriebsstockungen, NZfABR., 1922.
— Arbeitsrecht, 3. Aufl. 1928.
Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, 4. Aufl. 1932.
Klein, Hat der zur Dienstleistung Verpflichtete Anspruch darauf, daß ihm die Leistung vom Dienstberechtigten gestattet werde? Oesterreichs Zentralblatt, 1910, 28. Jahrg.
Kleinau, Das Recht auf Arbeit in seiner geschichtlichen Entwicklung und im geltenden Recht, Diss. Breslau, 1922.
Klotz, Grundformen des werdenden Arbeitsrechts, DARB., 1935, Heft 9.
Kohler, Annahme und Annahmeverzug, Jahrb. f. Dogmatik XVII (1879).
— Der Gläubigerverzug, Archiv f. BR. XIII (1897).
— Der Bühnenvertrag, DJZ, 1911.
Kopacz, Die Rechtsprechung über den Beschäftigungsanspruch, Diss. Breslau, 1928.
Krause, Der Kündigungsschutz und die sittenwidrige Kündigung eines Arbeitsvertrages, JW II, 1935.
Kreller, Zum Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, Archiv f. Ziv. Pr. 125.
Ley, Durchbruch der sozialen Ehre, 1935.
Lohwasser, Das Recht auf Beschäftigung innerhalb des bürgerlichen Dienstvertrages, Diss. Breslau, 1923.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag I, 1902.
Lutz-Richter, Die Treuhänder der Arbeit und die Regelung der Arbeitsbedingungen, JW, 1934, I.
Mansfeld, Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. 1. 1934, DABR, 1934.
— Die arbeitsvertragliche Begründung und Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses, JW, 1936.
— Die Neuregelung des Kündigungsschutzes, DABR, 1934, Heft 12.
— Vom Arbeitsvertrag, DAR, 1936, Heft 5.
— Betriebsrätegesetz, Kommentar 1930.

Molitor, Die Kündigung, 1935.
— Der Arbeitsvertrag, 1925.
Motive II, zu dem Entwurf eines BGB, 1888.
Oertmann, Lohnanspruch der Arbeitswilligen? NZfABR, 1922.
— Deutsches Arbeitsvertragsrecht, 1923.
— Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, Arch. f. Ziv. Pr., 116.
Opet, Der Anstellungsvertrag der Bühnenangehörigen in Verhandlungen des 32. deutschen Juristentages, B. I, Gutachten; JW 1917.
Planck, Kommentar zum BGB, II. Bd. 2. Hälfte, 1928.
Rohmer, Arbeitszeitordnung, 1935.
Schütt, Das Recht des Angestellten, 1935.
Siebert, Kündigung und Kündigungsschutzverfahren im Arbeitsrecht, DR, Heft 23/24, 1935.
v. Staudinger, Kommentar zum BGB, II. Bd. 2. Teil, 9. Aufl., 1928.
Titze, Unmöglichkeit der Leistung, 1900.
— Das Recht des kaufmännischen Personals, 1918.
Trautmann, Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug beim Arbeitsvertrag, Gruchots-Beiträge 59.
Wegener, Die Zuweisung der Arbeit bei Akkord, bei Kaskel „Der Akkordlohn", 1927.
Wehrle, Warencharakter der Arbeit, 1925.
Wilke, Das Recht auf Beschäftigung, Diss. Göttingen, 1933.
Wölbling, Der Akkordvertrag und der Tarifvertrag, 1908.
Wyß, Das Recht auf Zuweisung von Arbeit im Arbeitsvertrag, 1918.

Entscheidungssammlung.

Arbeitsrechts-Sammlung = Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts usw. (vormals Bensheimer-Sammlung).

1. Teil.

I. Der Beschäftigungsanspruch.

A. Begriff.

a) Abgrenzung von dem Recht auf Arbeit.

Der „Beschäftigungsanspruch" bedarf zunächst einer klaren, eindeutigen Begriffsbestimmung, denn die Gefahr einer Verwechslung mit einem neuzeitlichen anderen Rechtsbegriff besteht heute mehr denn je, nämlich mit dem Begriff des „Rechts auf Arbeit". Gerade in neuester Zeit wird das Recht auf Arbeit von berufenster Stelle proklamiert, ja, man kann sagen, daß es zu einem Programmpunkt der nationalsozialistischen Bewegung geworden ist. War es doch nötig, zunächst einmal die unzähligen Erwerbslosen wieder in die Wirtschaft einzugliedern nach dem Grundsatz „Jedem einen Arbeitsplatz", dann „Jedem seinen Arbeitsplatz". Damit ist aber auch schon das Wesen dieses Rechts aufgezeigt. Es enthält zwar nicht ein subjektives Recht als Anspruch des Staatsbürgers, wohl aber die Verpflichtung der Gemeinschaft, für den Einzelnen zu sorgen, in erster Linie in der Form, daß sie ihm einen Arbeitsplatz zuweist, hilfsweise, wenn dies nicht möglich ist, daß sie ihn für die Zeit seiner Untätigkeit unterstützt. Es ist also festzustellen, daß das „Recht auf Arbeit" keinen verfolgbaren Rechtsanspruch im juristischen Sinne darstellt, daß aber der Staat aus wirtschaftlichen wie ethischen Gesichtspunkten heraus von sich aus alles daran setzt, diese Forderung zu erfüllen. Wie dringend eine Abgrenzung von dem „Recht auf Arbeit" erforderlich ist, zeigt auch die Tatsache, daß Schriftsteller[1]), die sich eingehend mit diesen Ansprüchen beschäftigt haben, diese beiden Rechtsbegriffe wahllos durcheinander werfen und dadurch die Gefahr heraufbeschwören, zwei gerade in unserer Zeitepoche hochbedeutsame Fragen zu vermischen.

b) Privatrechtlicher Anspruch.

Einen ganz anderen Begriff stellt dagegen „das Recht auf Beschäftigung" dar. Dieser Anspruch kann immer nur der sekundäre gegenüber

1) Bewer, Fürsorgepflicht und Beschäftigungszwang RABl. 1922, S. 703; Fülling, Die Pflicht zur Beschäftigung Schwerbeschädigter 1923 S. 52; Wyß, Das Recht auf Zuweisung von Arbeit im Arbeitsvertrag, 1918 S. 109.

dem „Recht auf Arbeit" sein. Nicht in der Hinsicht, daß ihm etwa weniger Bedeutung zukäme, sondern daß er seine Entstehung gerade der Verwirklichung des Rechts auf Arbeit verdankt. Erst wenn der Arbeitslose in den Arbeitsprozeß wieder eingegliedert worden ist, kann für ihn die Frage des Beschäftigungsanspruchs auftauchen. Dem Bedürfnis der Sicherung der Existenz dient das Recht auf Arbeit, während bei der Betrachtung des Rechts auf Beschäftigung diesem Bedürfnis schon Genüge geschehen ist.

Der Beschäftigungsanspruch ist ein privatrechtlicher Anspruch im Sinne des § 194 BGB, d. h. das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Der Dienstverpflichtete, der einen Beschäftigungsanspruch geltend macht, behauptet somit einmal, daß er in einem Arbeitsverhältnis zu seinem Arbeitgeber steht, zum anderen macht er geltend, daß dieser ihm die Erfüllung seiner nach § 611 BGB obliegenden Verpflichtung zur Leistung der versprochenen Dienste nicht gestattet. Der Beschäftigungsanspruch setzt also gerade das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses voraus, in dem der Arbeitnehmer auch tatsächlich beschäftigt werden will. Somit richtet sich der Anspruch auf Beschäftigung des in einem Arbeitsverhältnis stehenden Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitgeber.

c) Inhalt des Anspruchs.

Inhaltlich geht der Anspruch primär auf eine tatsächliche Beschäftigung des Dienstverpflichteten im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses. Dem Arbeitnehmer wird in vielen Fällen nicht damit gedient sein, daß er trotz Nichtleistung seiner Dienste nur den Anspruch auf Entgelt behält, sondern ihm wird daran gelegen sein, seine Arbeitskraft nicht brach liegen lassen zu müssen. Der Anspruch beschränkt sich somit nicht auf die Fälle, in denen der Arbeitgeber dem Beschäftigten die Arbeit schlechthin untersagt, sondern gilt auch da, wo der Arbeitgeber auf Umwegen zu denselben Ergebnissen zu gelangen sucht. Dies ist auf die verschiedenartigste Weise denkbar. Einmal kann er die tatsächliche Beschäftigung dadurch umgehen, daß er keine Arbeitsgeräte oder -räume zur Verfügung stellt, oder zwar Arbeit zuweist, aber in so geringem Maße, daß z. B. der Akkordarbeiter[2]) sich besserstellen würde, wenn er überhaupt nicht beschäftigt würde, da er dann Anspruch auf seinen vollen Lohn hätte, während er so entsprechend seiner geringeren Arbeitsleistung auch nur eine verminderte Vergütung be-

2) Wegener, S. 231.

anspruchen kann. Ferner sind Fälle denkbar, in denen der Beschäftigte nur nach Anweisung des Unternehmers arbeiten kann und darf; unterbleibt eine derartige Anweisung, so ist er zum Nichtstun verurteilt.

Diese Beispiele zeigen, daß das Recht auf Beschäftigung sowohl in Voraussetzung wie Durchsetzung grundverschieden ist von dem Recht auf Arbeit. In dieser Abhandlung soll gezeigt werden, inwieweit ein Recht auf Beschäftigung anzuerkennen ist.

b) Bedeutung des Beschäftigungsanspruchs.

Man soll nun nicht einwenden, daß dieser Beschäftigungsanspruch von untergeordneter Bedeutung und, falls ihm überhaupt irgend welche Bedeutung zukäme, diese nur theoretischer und nicht auch praktischer Art sei. Diese Behauptung mag für frühere Zeiten maßgebend gewesen sein, aber unserem heutigen Rechtsempfinden entspricht sie keineswegs mehr. Da wir heute mitten in der Arbeitsschlacht stehen, muß es als doppelt schädlich angesehen werden, wenn durch die Nichtannahme der Dienste des Dienstverpflichteten die Leistung produktiver Arbeit verhindert wird, gleichzeitig aber für diese nichtgeleistete Arbeit eine Vergütung bezahlt werden muß.

Ferner ist zu bedenken, daß außer der Allgemeinheit auch der Einzelne ein Interesse daran haben kann, seine Arbeitskraft auch tatsächlich auszunutzen und nicht brach liegen zu lassen. Es mag für viele unverständlich gewesen sein, daß sich Arbeitnehmer gegen eine Beschäftigungslosigkeit — selbst bei voller Bezahlung — zur Wehr setzten. Schon das liberalistische Rechtsdenken mußte Fälle anerkennen, bei denen eine tatsächliche Beschäftigung unumgänglich notwendig war; hierher sind vor allem die „höheren Dienste" zu rechnen, wie die künstlerische oder wissenschaftliche Tätigkeit. Daß man in diesen Ausnahmefällen ein Recht auf Beschäftigung anerkannte, geschah auch mehr zum Schutze des Individuums als zum Wohle der Allgemeinheit. Wenn aber eingewendet wird, daß selbst bei Anerkennung eines Beschäftigungsanspruchs dieser keinen Wert habe, da eine Vollstreckung doch nicht möglich sei, so weist Wyß[3]) mit Recht auf den sittlichen Wert hin, der darin liegt, daß der Gesetzgeber sich nicht damit begnügt, den Dienstverpflichteten seines Lohnanspruchs zu versichern, sondern ihm ein Recht auf die tatsächliche Ausführung der vertraglichen Arbeit gibt. Auch der Hinweis, daß Verzichte auf Dienstleistungen bei

---

3) Wyß, S. 116.

Fortgewährung des Lohnes fast niemals vorkommen, ist nicht durchschlagend. Insbesondere wird die Frage bei den Arbeitern praktisch, denen gekündigt worden ist, die aber bis zum Ablauf ihrer Kündigungsfrist ihre Dienstleistungen nicht mehr erbringen dürfen, ganz abgesehen von denen, bei welchen eine Kündigung für eine bestimmte Zeit überhaupt nicht möglich ist[4]). Im folgenden soll zunächst gezeigt werden, bei welchen Arten von Dienstverträgen ein Beschäftigungsanspruch sich herausgebildet hat, und ob der augenblickliche Rechtszustand als ein befriedigender angesehen und im nationalsozialistischen Arbeitsrecht beibehalten werden kann.

B. Entwicklung der Lehre vom Beschäftigungsanspruch.

a) Im allgemeinen.

Die Frage, ob ein Beschäftigungsanspruch grundsätzlich anzuerkennen ist, ist in Literatur und Rechtsprechung äußerst umstritten, da bisher eine gesetzliche Regelung fehlt. Auch die Motive[5]) zu dem Entwurfe eines BGB enthalten nichts über die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers. Daß der Gesetzgeber eine Regelung der Beschäftigungsfrage übersehen hat, ist wohl nicht anzunehmen; eher ist es denkbar, daß — wie bei vielen strittigen Problemen — die Lösung der Wissenschaft und Praxis vorbehalten bleiben sollte. Wahrscheinlich hat Daubitz[6]) recht, der der Ansicht ist, daß zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuches eine gerechte Interessenabwägung für beide Parteien noch nicht möglich war.

Nach § 611 BGB ist der Arbeitgeber nur zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Das Gesetz scheint damit ausdrücken zu wollen, daß der Dienstberechtigte dem Dienstverpflichteten hinsichtlich der Dienstleistung nur als Gläubiger, nicht auch gleichzeitig als Schuldner gegenübersteht. In dieser Annahme wird Braun[7]) noch durch Umkehrschluß aus § 433, II BGB bestärkt. Da dort von einer Abnahmepflicht des Käufers gesprochen wird, so hätte, wenn die gleiche Verpflichtung für den Dienstberechtigten bestehen sollte, dies im Gesetz seinen Ausdruck finden müssen. Denselben Schluß könnte man dann aus § 640, I BGB

---

4) Vgl. v. Staudinger, § 620, I, 4, S. 884.
5) Motive, Bd. II, S. 460.
6) Daubitz, S. 38.
7) Braun, S. 38; Lohwasser, S. 14.

beim Werkvertrage ziehen, wo auch der Besteller verpflichtet ist, das Werk abzunehmen. Eine solche Beweisführung erscheint abwegig. Denn zwischen der Abnahmepflicht von körperlichen Gegenständen und Diensten besteht sicher ein Unterschied. Der Gesetzgeber glaubte die Freiheitssphäre des Einzelnen nicht derart beschränken zu dürfen, daß er ihm zumutete, mit einer ihm mißliebigen Person zusammenzuarbeiten. Der Arbeitgeber war der Herrschende, die Arbeit nur das dienende Element[8]). Ein Recht auf Beschäftigung aus § 611 BGB wird demnach von der herrschenden Meinung[9]) abgelehnt.

Ferner hat man versucht, einen Beschäftigungsanspruch aus dem § 615 BGB herzuleiten. Da hiernach der Dienstberechtigte bei Nichtannahme der Dienste die vereinbarte Vergütung weiterzahlen muß, folgerte Opet[10]) nach dem Grundsatz „in maiore minus" daraus, daß, wenn der Gesetzgeber die Nichtannahme der Dienste unter eine „Vertragsstrafe" stellt, damit ohne weiteres auch die Verpflichtung des Dienstgebers zur Entgegennahme der Dienste klargestellt sei. Diese Ansicht Opets beruht aber auf der Verkennung des Inhalts des § 615 BGB. § 615 BGB spricht nur vom Gläubigerverzug hinsichtlich der Annahme der Dienstleistung — sagt aber nichts davon, daß der Dienstberechtigte gleichzeitig auch in Schuldnerverzug kommt.

Es ist demnach festzustellen, daß aus den Vorschriften des Dienstvertrags ein Recht auf Beschäftigung nicht zu entnehmen ist. Dies ist auch verständlich, da der Liberalismus — namentlich im Schuldrecht — vorwiegend vermögensrechtliche Ansprüche berücksichtigte, und nur ausnahmsweise Ansprüche nichtvermögensrechtlicher Art schützte. Dieser Grundsatz kommt z. B. darin zum Ausdruck, daß Ersatz in Geld für einen Schaden, der sich nicht als Vermögensschaden darstellte, nur in Ausnahmefällen, nämlich in den durch Gesetz bestimmten Fällen, gefordert werden konnte. (§ 253 BGB). Da aber § 615 BGB dieses materielle Interesse des Dienstverpflichteten befriedigen sollte, glaubte man, seinen Belangen aus dem Arbeitsvertrage damit vollauf gerecht geworden zu sein.

Daraus kann aber nicht folgen, daß ein Recht auf Beschäftigung dem geltenden Recht überhaupt fremd sei, sondern es ist weiter zunächst zu

---

8) Kohler, DJZ, 1911, S. 54.
9) Literaturangabe bei v. Staudinger § 611, IX, 1 S. 800.
10) Opet, „Gutachten" S. 216 ff.

untersuchen, ob nicht aus anderen Gesichtspunkten ein derartiges Recht festzustellen ist.

Ein allgemeines Recht auf Beschäftigung ist wohl von keiner Seite anerkannt. Am weitesten hinsichtlich der Anerkennung geht Franke[11]), der eine Beschäftigungspflicht gegenüber dem Arbeitnehmer, der ein tatsächliches, besonderes Interesse an der Leistung seiner Dienste hat, aus den §§ 133, 157, 242 BGB herleitet. Nach ihm sind an der Beschäftigung besonders interessiert, die für eine längere Zeit an ihren Dienstvertrag gebunden sind, die sich in der Ausbildung befinden oder deren tatsächliche Beschäftigung Voraussetzung für die Ausübung eines Amtes oder Vorbedingung für die Gewährung einer Sonderentlohnung bildet. Wegener[12]) verlangt dann wenigstens, daß der Arbeitgeber dieses besondere Interesse bei Abschluß des Arbeitsvertrages gekannt hat oder wenigstens erkennen mußte.

Demgegenüber wendet Lohwasser[13]) ein, daß § 242 BGB erst eingreift, wenn eine Leistungspflicht bereits besteht und nur deren Erfüllung näher regelt. Dann aber könne § 242 BGB zur Begründung einer Beschäftigungspflicht — die ja erst nachgewiesen werden soll — nicht herangezogen werden. M. E. ist diese Beweisführung Lohwassers nicht überzeugend, sondern entspringt der Furcht, mit Franke die Konsequenzen zu ziehen und ein mehr oder weniger allgemeines Recht auf Beschäftigung anzuerkennen. Dies umso mehr, als er selbst[14]) später die §§ 133, 157 BGB zur Begründung einer Beschäftigungspflicht anführt. M. E. ist dieser Versuch der Begründung einer Beschäftigungspflicht noch der natürlichste, denn, wie noch zu zeigen sein wird, ist die Folgerung eines Beschäftigungsrechts aus der besonderen Natur der einzelnen Dienstverträge immer eine gekünstelte, wenn auch von dem anzuerkennenden Wunsche getragen, die Beschäftigungspflicht auf möglichst viele Arbeitsverhältnisse auszudehnen. Man kann sicher nicht behaupten, daß das Gesetz ein Recht auf Beschäftigung überhaupt nicht anerkenne, weil es dieses nicht ausdrücklich geregelt hat. Vielmehr stellt § 611 BGB nur die Erfordernisse auf, die unbedingt gegeben sein müssen, damit überhaupt von einem Dienstvertrag gesprochen werden kann[15]). Wie alle Schuldverhältnisse nach dem

11) Franke, S. 227, bei Kaskel „Der Akkordlohn".
12) Wegener, S. 229.
13) Lohwasser, S. 18 ff.
14) Lohwasser, S. 27 ff.
15) Klein, S. 28.

des privaten Arbeitsrechts beherrschenden Gedanken der §§ 133, 157 BGB und insbesondere des § 242 auszulegen sind, so auch der Dienstvertrag. Aber wie gesagt, man hatte Angst, aus diesen Gedanken praktische Folgerungen zu ziehen und eine Beschäftigungspflicht allgemein anzuerkennen, und gab einen Beschäftigungsanspruch nur denjenigen, die ein besonderes Interesse an der Leistung ihrer Dienste hatten.

Auch für die beschriebene Lehre gab es also nach bisherigem Recht Ausnahmen von dem Prinzip der Verneinung einer Beschäftigungspflicht. Aus dem im Schuldrecht geltenden Grundsatz der Vertragsfreiheit ergibt sich, daß es den Parteien unbenommen bleibt, ein Recht des Arbeitnehmers auf Beschäftigung von sich aus ausdrücklich zu vereinbaren.

b) Bühnen- und Filmvertrag.

Eine derartige positive Anerkennung hat im Normalvertrag für Bühnenschauspieler stattgefunden, und man kann wohl mit Finkelstein[16] behaupten, daß sich schon seit einiger Zeit dieses Recht zum Gewohnheitsrecht weiter entwickelt hat. Gerade bei den Schauspielern ist es verständlich, daß man ihnen schon frühzeitig ein Beschäftigungsrecht zubilligte. Denn sie sind Angehörige eines derjenigen Berufe, in denen das ideelle Interesse an der tatsächlichen Beschäftigung dem materiellen gegenüber überwiegt, während man sonst im allgemeinen davon ausging, daß der Arbeitnehmer befriedigt ist, wenn er seinen vertraglichen Lohn für die Zeit seiner Untätigkeit erhält[17]. Dieses Vorschützen eines ideellen Interesses der Schauspieler war im Rechtsleben vielfach die Verfolgung versteckter materieller Ziele; denn wenn sie tatsächlich nicht beschäftigt wurden, brachte es die Art ihres Berufes mit sich, daß sie nach einiger Zeit in Vergessenheit gerieten, und somit die Aussicht weiteren Gelderwerbs sich bedeutend verschlechterte. So ist es auch verständlich, daß für sie verhältnismäßig früh ein Beschäftigungsanspruch anerkannt wurde. Aus denselben Gedankengängen heraus findet eine entsprechende Anwendung der Grundsätze des Bühnenrechts auf den Filmanstellungsvertrag statt[18].

Eine weitere ausdrückliche Regelung findet sich anscheinend nur noch im § 2 des Deutschen Buchdrucker-Tarifes vom 1. 1. 1921, der in seinem

16) Finkelstein, S. 56.
17) Franke, NZfAR, 1925, Sp. 650.
18) Finkelstein, S. 91 ff.

§ 2 bestimmt: „Der Prinzipal ist verpflichtet, den Gehilfen in der jeweils festgesetzten Arbeitszeit voll zu beschäftigen"[19]). Abgesehen von diesen beiden Fällen ist eine andere ausdrückliche Vereinbarung m. E. nicht bekannt. Dies ist umso verwunderlicher, als doch gerade auf dem Wege des Tarifvertrages es möglich gewesen wäre, diese Frage in größerem Umfange zu regeln, denn die Tarifverträge bedeuteten eine für das Arbeitsrecht dem Gesetzesrecht kaum an Bedeutung nachstehende Rechtsquelle. Dies ist aber einmal mehr der Beweis dafür, daß es der damaligen Rechtsauffassung nur um die Verwirklichung materieller Interessen ging.

Stellt also in der Tat die ausdrückliche Vereinbarung einer Beschäftigungspflicht eine Seltenheit dar, so besteht doch die Möglichkeit, auf Grund der Eigenart des jeweiligen Dienstverhältnisses auch ohne ausdrückliche Vereinbarung im Wege der Auslegung des Vertrages dem Beschäftigungsanspruch eine Grundlage zu verschaffen. Diese Möglichkeit wurde allerdings zunächst von dem Reichgericht[20]) und dem Oberlandesgericht Hamm[21]) abgelehnt, ist dann aber in dem Urteil des Reichsgerichts[22]) vom 26. 10. 1910 gebilligt worden, in welchem es ausspricht, daß „ein Anspruch auf Annahme der Dienste auf Grund eines Dienstvertrages nicht bloß durch vertragsmäßige Zusicherung, in bestimmter Weise beschäftigt zu werden, begründet werden kann. Es könne ausnahmsweise auch aus den Umständen entnommen werden, so insbesondere bei Bühnenanstellungsverträgen." Diese Entscheidung stützt sich wieder auf die besonderen Verhältnisse des Bühnenvertragsrechts. Wenn das RG seine Ansicht auch nicht näher begründet, so läßt sie sich doch auf den § 242 BGB stützen. Während § 133 und § 157 BGB eine Auslegungsregel geben für die Ermittlung und Klarstellung des Parteiwillens und damit des gewollten Geschäftsinhalts, gibt hier das Gesetz selber, unbekümmert um jenen Parteiwillen, eine Begrenzung der Leistungspflicht des Schuldners und damit des Forderungsrechts des Gläubigers: Pflicht und Recht werden begrenzt durch Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte. Diese Entscheidung ist wegen ihrer Verallgemeinerung lebhaft umstritten worden. Wie dem auch sein mag, so war doch durch diese Entscheidung die Möglichkeit gegeben, unabhängig von einer Parteivereinbarung aus den

---

19) Kopacz, S. 23.
20) JW, 1903, Beilage 2, S. 16.
21) OLG 24, S. 367.
22) Recht, 1910, Nr. 4673.

besonderen Umständen des einzelnen Falles heraus, einen Beschäftigungsanspruch herzuleiten[23]).

c) Lehr- und Volontärvertrag.

Es ist daher verständlich, daß man diesen dort zuerst zu begründen suchte, wo sich aus dem Gesetz selbst eine derartige Annahme rechtfertigen ließ. Vor allem konnte hier § 127 GO in Betracht kommen, nachdem der Lehrherr verpflichtet ist, den Lehrling in den bei seinem Betriebe vorkommenden Arbeiten des Gewerbes dem Zwecke der Ausbildung entsprechend zu unterweisen. Hieraus, und aus der ähnlichen Vorschrift des § 82a HGB für die Volontäre, ist ein Beschäftigungsanspruch gefolgert worden, da hier der vorgesehene Ausbildungszweck nicht ohne Beschäftigung erreicht werden kann[24]). Demgegenüber betont Kopacz[25]), daß dieses Recht sich eher als ein Recht auf Ausbildung darstellt, da es im Belieben des Lehrherrn liegt, wie er die Ausbildung der Lehrlinge praktisch ausführen wolle. Doch ist dies nur ein Streit über einen rechtstechnischen Ausdruck, denn dieses sog. Recht auf Ausbildung kann ja auch nur verwirklicht werden, wenn der Auszubildende tatsächlich beschäftigt wird; also gibt es hier auch für Kopacz ein gewisses Recht auf Beschäftigung, und es ist festzustellen, daß im Gegensatz zu den Normen des sonstigen Arbeitsrechts nach fast einhelliger Meinung hier auf Beschäftigung und Ausbildung geklagt werden kann.

d) Akkordvertrag.

Inwieweit aus der Tatsache der Beschäftigung im Akkordlohn eine Beschäftigungspflicht gefolgert werden kann, ist umstritten. Franke[26]) kommt zu dem Ergebnis, daß es eine Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Akkordarbeiter auf Grund seiner Stellung als Akkordarbeiter allein nicht gebe. Auch Wegener[27]) führt aus, daß ein derartiges Recht im allgemeinen für den Akkordarbeiter nicht bestehe; nur in den Sonderfällen, in denen eine annähernd richtige Bemessung des Akkord-

23) So gibt z. B. Kallee S. 103 den auf Grund des AOG gewählten Vertrauensleuten einen Beschäftigungsanspruch.
24) v. Staudinger, § 611, I, 3 b, S. 801. Oertmann, S. 138; a. M. Wilke, S. 10.
25) Kopacz, S. 11.
26) Franke, S. 229 bei Kaskel „Der Akkordlohn".
27) Wegener, S. 235.

lohns nicht möglich sei, will er dem Akkordarbeiter ein Recht auf Beschäftigung zubilligen. Doch auch in diesem Ausnahmefall fällt für Wegener dieses Recht des Arbeitnehmers weg, wenn der Arbeitgeber den höchstmöglichen Akkordlohn zu zahlen bereit sei. Welches in den genannten Fällen (z. B. der Arbeitnehmer hatte noch nicht im Akkord gearbeitet) der höchstmögliche Lohn sein soll, wird auch hier schwer festzustellen sein. Ferner zeigt gerade § 124, IV GO, wie Jaerisch[28]) mit Recht betont, daß der Akkordarbeiter wohl Anspruch auf ausreichende Beschäftigung hat, diese Vorschrift aber nicht die Sicherung der Zuweisung von Arbeit überhaupt bezweckt. So folgert denn auch die herrschende Meinung[29]) aus der Beschäftigung im Akkordlohn kein Recht auf Beschäftigung. Und auch diejenigen[30]), die hier einen Beschäftigungsanspruch anerkennen, kommen dazu auch nur, um dem Akkordarbeiter vermögensrechtliche Ansprüche zu sichern.

e) Sonstige Anspruchsgrundlagen.

1. Das Betriebsrätegesetz.

Zur Begründung eines Beschäftigungsanspruchs ist der Versuch gemacht worden, einen solchen aus verschiedenen Gesetzesbestimmungen zu entnehmen. So ist dazu das Betriebsrätegesetz und das Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter herangezogen worden[31]).

Da § 87 BRG in seinem Absatz 1 sowohl wie Absatz 2 von einer „Weiterbeschäftigung" spricht, ist daraus gefolgert worden, daß hier ein gesetzlich anerkanntes Recht auf Beschäftigung des Arbeitnehmers besteht, dem bereits gekündigt ist[32]). Zu dieser Auffassung kann man nur gelangen, wenn man in der Weiterbeschäftigung den Abschluß eines neuen Arbeitsvertrages erblickt, denn wenn die Weiterbeschäftigung nur die Fortsetzung des alten Vertrages darstellt, ist nicht recht einzusehen, wieso dieser sich plötzlich mit dem Zugehen der Kündigungserklärung inhaltlich gewandelt haben soll, so daß nunmehr der Arbeitnehmer einen Beschäftigungsan-

---

28) Jaerisch, S. 24.
29) Vgl. v. Staudinger, § 611, IX, 2 b, S. 801.
30) Bewer, NZfABR, 1921, Sp. 33; Wölbling, S. 144; Oertmann, S. 138.
31) Ein näheres Eingehen auf die Referendarausbildungsordnung und ähnliche Vorschriften erübrigt sich, da es sich dort um öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse handelt.
32) Bewer, NZfABR, 1. Jahrg. S. 29 ff.

spruch hat, den er vorher nicht hatte. Mansfeld[33]), der auf dem Standpunkt steht, die Weiterbeschäftigung stelle die Fortsetzung des alten Dienstvertrages dar, behauptet, daß die Fortsetzung des alten Vertrages ebenso wenig wie dieser selbst eine Verpflichtung zur tatsächlichen Beschäftigung enthält. Dies ist auch von seinem Standpunkt aus nur folgerichtig, da er einen Beschäftigungsanspruch überhaupt nicht anerkennt.

Demgegenüber ist die Begründung Bewers[34]) zum alten Recht nicht durchschlagend, der behauptet, der bisherige Arbeitsvertrag sei durch § 87 BRG derart umgeändert worden, daß der Arbeitnehmer ein Recht auf Beschäftigung habe, auch wenn er ein solches nach dem früheren ursprünglichen Arbeitsvertrage nicht gehabt habe. Bewer steht also auf dem Standpunkt Mansfelds, daß die Weiterbeschäftigung die Fortsetzung des alten Arbeitsvertrages bedeutet; dann ist es aber unerfindlich, wieso die „Weiterbeschäftigung" innerhalb eines und desselben Vertragsverhältnisses dessen Inhalt plötzlich umgeändert haben soll. Ein innerer Grund ist hierfür auch nicht einzusehen, denn die Weiterbeschäftigung bedeutet nur, daß die Auflösung des Arbeitsvertrages zu unrecht bestand, und dieser mit seinen alten Rechten und Pflichten als fortbestehend angesehen wird. Außerdem muß Bewer selbst zugeben, daß dieses „Beschäftigungsrecht" bei Weigerung des Arbeitgebers doch nur eine Entschädigung auslösen würde. Es kann dahingestellt bleiben, welche Meinung die richtige ist, da eine Beantwortung für die Frage des Beschäftigungsanspruchs unerheblich ist. Da die Ansicht abgelehnt wurde, daß die Weiterbeschäftigung als Fortsetzung des alten Vertrages diesen inhaltlich umgeändert haben könnte, so wäre eine Abänderung des Vertragsinhalts nur möglich bei Annahme des Abschlusses eines neuen Vertrages. Dann stellt sich aber die „Weiterbeschäftigung" als die Verwirklichung des Rechts auf Arbeit[35]) dar, nicht aber als ein subjektiver Anspruch gegen den Arbeitgeber. Somit ist festzustellen, daß auch der § 87 BRG keinen Beschäftigungsanspruch zu begründen vermag.

2. Das Schwerbeschädigtengesetz.

Als Rechtsquelle für einen Anspruch auf Beschäftigung ist noch das Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter vom 6. 4. 1920 angesehen

34) Bewer, a. a. O. S. 29 ff.
35) So richtig Kleinau S. 50.
33) Mansfeld, BRG S. 459.

worden. Nach § 5 sind die Arbeitgeber verpflichtet, einen bestimmten Bruchteil ihrer Arbeitsplätze mit Schwerbeschädigten zu besetzen. Kopacz[36]) sieht den Zweck des Gesetzes darin, den Schwerbeschädigten die Einstellung bei einem Arbeitgeber zu erleichtern und ihnen eine sicherere Stellung gegenüber den anderen Arbeitnehmern zu geben. Dies ist auch der Standpunkt der herrschenden Meinung[37]), die in dem Kontrahierungszwang für den Arbeitgeber ein Recht des Schwerbeschädigten auf Arbeit sieht, also das Recht auf Abschluß eines Arbeitsvertrages. Wurde er dann tatsächlich nicht beschäftigt, so hatte er gemäß § 615 BGB den Lohnanspruch wie jeder andere Arbeitnehmer auch, und dies genügte ja im allgemeinen zur Befriedigung seiner vermögensrechtlichen Interessen. Darüber hinaus sollte nach Fülling[38]) das Dasein der Schwerbeschädigten einen Inhalt bekommen, und dadurch ihre Selbstachtung und ihr Selbstbewußtsein wieder gehoben werden. Dies ist aber nur möglich, wenn sie auch tatsächlich beschäftigt werden. Dieser Ansicht ist wohl heute der Vorzug zu geben, und ihnen ein Beschäftigungsanspruch zuzusprechen.

Ueberblickt man insoweit die gewonnenen Ergebnisse, so ist festzustellen, daß ein Beschäftigungsanspruch nur bei den Bühnen- und Lehrverträgen allgemein anerkannt worden ist. Wie die verschiedenartigsten Versuche gezeigt haben, haftet den Begründungen einer Beschäftigungspflicht aus dem Wesen der einzelnen Verträge immer etwas Gezwungenes an; daraus ist aber zu entnehmen, daß mit Einzelfällen wie diesen ein allgemeines Bedürfnis nach Anerkennung einer Beschäftigungspflicht nicht nachgewiesen werden kann.

Fragt man sich nun, wieso es nach liberalistischem Rechtsdenken nicht möglich war, einen Beschäftigungsanspruch allgemein anzuerkennen, so liegt das daran, daß man die Arbeit als Ware[39]) einschätzte und demgemäß der Dienstherr ebenso wenig wie sonst der Berechtigte aus einem Vertrage gezwungen werden konnte, die ihm gebührende Leistung anzunehmen, wenn er nicht wollte. Da der Arbeitsvertrag als reines Schuldverhältnis mit vorwiegend vermögensrechtlichem Inhalt aufgefaßt wurde, konnte von einer Pflicht zur Annahme der Dienstleistung und einer Rechtsverletzung

---

36) Kopacz, S. 14.
37) Vgl. die Literatur bei v. Staudinger, § 611, IX 2 c, S. 801.
38) Fülling, S. 54; Bewer LZ, 1924, S. 101.
39) Wehrle, S. 2 ff., § 433, II BGB. legt dem Käufer eine Abnahmepflicht als vertragliche Nebenpflicht auf; diese Verpflichtung ist aber als Ausnahme vom Prinzip anzusehen.

im Falle der Nichtannahme keine Rede sein[40]. Dem Schuldner durfte zwar durch die Nichtannahme des Gläubigers kein vermögensrechtlicher Schaden erwachsen, und so hatte auch gemäß § 615 BGB der Dienstverpflichtete seine vereinbarte Vergütung zu fordern. Im übrigen war es Sache des Gläubigers, ob er sein Vermögensrecht[41] — im weiteren Sinne verstanden — ausübte oder nicht. Nach Kohler hatte der Dienstberechtigte hinsichtlich der Dienstleistung des Dienstverpflichteten immer nur eine Gläubigerstellung inne, nie und nimmer konnte er gleichzeitig auch in eine Schuldnerstellung geraten, denn „der Grundsatz, daß der Gläubiger nicht auf seine Rechte verzichten dürfe, würde zu tief in das Gefüge des Rechts eingreifen, als daß man ihn annehmen könnte"[42].

Diese strikte Ablehnung einer Beschäftigungspflicht ist ja — wie gezeigt — im Laufe der Zeit aufgegeben worden, und schon der Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertraggesetzes von 1923 sah in seinem § 46, I vor: „Der Arbeitgeber ist auch ohne ausdrückliche Vereinbarung verpflichtet, den Arbeitnehmer angemessen zu beschäftigen, wenn dieser ein besonderes Interesse an der Beschäftigung hat.

Die Verpflichtung entfällt, auch wenn sie vereinbart ist, soweit der Arbeitgeber einen wichtigen Grund hat, die Beschäftigung abzulehnen."

Bewer[43] folgerte daraus, daß jedwedes besondere Interesse an sich, d. h. unabhängig von Wichtigkeit und Hochgradigkeit, nach § 46, I zuzulassen sei. Nach ihm darf der Arbeitnehmer die Arbeit als soziale Pflicht und Ehre einschätzen, und wenn schon dieses ethische Interesse sein Beschäftigungsverlangen rechtfertigt, um wieviel mehr dann seine wirtschaftlichen und mehr oder weniger eigensüchtigen Interessen.

Demgegenüber betont Molitor[44] mit Recht, daß dies der Standpunkt des Entwurfs offenbar nicht ist, da er ein besonderes, also über das normale Maß hinaus gehendes Interesse des Arbeitnehmers verlangt.

So sehr auch die Ausführung Bewers, — wie später noch zu zeigen ist — zu begrüßen ist, so hat doch Molitor in Hinsicht auf den Entwurf recht, wenn er Bewer vorwirft, daß man dann ebenso gut die Beschäftigungspflicht grundsätzlich stets festsetzen könne, soweit nicht der Arbeitgeber ein entgegenstehendes Interesse nachweist.

---

40) Kohler, S. 268, Jahrb. f. Dogmatik, XVII (1879).
41) Kohler, Arch. f. BR XIII 1897 S. 161.
42) Kohler, a. a. O. S. 176.
43) Bewer LZ, 1924, S. 99/100.
44) Molitor, S. 144/45 „Der Arbeitsvertrag".

Wie dargelegt worden ist, gab die herrschende Meinung nur einen Beschäftigungsanspruch auf Grund ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung. Darüber ist der Entwurf sicher weit hinaus gegangen, doch erkennt auch er noch nicht eine allgemeine Beschäftigungspflicht an, sondern verlangt den Nachweis eines besonderen Interesses.

Es hat sich also gezeigt, daß ebenso wie die Lebensanschauung eines Volkes sich weiter entwickelt, auch die Rechtsordnung stetig damit Schritt hält oder doch wenigstens Schritt halten sollte. Da man früher die Arbeit nur als Ware einzuschätzen wußte, konnte es auch nicht wunder nehmen, wenn man diese Arbeit nur als notwendiges Uebel ansah, nur als Mittel zum Zweck des augenblicklichen Broterwerbs[45]). Wie schon dargelegt, machte man von dieser schroffen Auffassung des Wesens der Arbeit mit der Zeit mehr und mehr Ausnahmen, doch zu einer endgültigen Anerkennung der Arbeit als solcher konnte man sich nicht entschließen.

f) Nach nationalsozialistischen Grundsätzen.

Es ist aber zu fragen, ob ein derartiger Standpunkt noch unserem heutigen Rechtsempfinden entspricht, d. h. also, ob man auch heute ein Recht auf Beschäftigung des Arbeitnehmers nur in Ausnahmefällen anerkennen kann. Eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung fehlt auch heute noch, und der Entwurf eines kommenden Arbeitsvertragsgesetzes ist bisher nicht veröffentlicht worden.

Zunächst ist wohl Dr. Ley[46]) zuzustimmen, daß es die größte Lüge der Geschichte sei, dem deutschen Arbeiter zu unterstellen, er habe seine ungeheuren Opfer und Kämpfe nur um nackter Lohnpolitik willen durchgemacht, der tiefste und letzte Grund sei für ihn der Kampf um seine Anerkennung und seine Ehre gewesen.

Ganz abgesehen davon, daß eine tatsächliche Beschäftigung auch dem Arbeitnehmer zugute kommt, — lehrt doch eine alte Weisheit, daß Stillstand Rückschritt bedeutet —, so sind doch gerade im heutigen Staate noch andere Gesichtspunkte maßgebend. Ueber all unserem Handeln steht heute der fundamentale Grundsatz: „Gemeinnutz geht vor Eigennutz". Es ist nicht mehr wie bisher von der Fragestellung auszugehen: „Nützt die Anerkennung einer Beschäftigungspflicht dem Arbeitgeber oder Arbeitneh-

45) Heermann, S. 15.
46) Ley, S. 91.

mer?", sondern: „ist sie von Nutzen der Allgemeinheit?". Man kann heute mehr denn je mit Lohwasser[47]) sagen, daß die menschliche Arbeitskraft den wertvollsten Bestandteil des deutschen Nationalvermögens und der deutschen Volkswirtschaft darstellt. Dann ist es aber „sozial unwirtschaftlich", einem Arbeitnehmer, den sein Arbeitgeber in rechtlich ungelöstem Arbeitsverhältnis von der Arbeit ausgeschlossen hat, gleichwohl von rechtswegen Lohn zuzuerkennen[48]).

Da heute der Staat ein Recht auf Arbeit anerkennt, sichert er damit jedem Volksgenossen eine Arbeitsstätte und damit der Allgemeinheit den Einsatz dieser Arbeitsenergien. Den umgekehrten Erfolg würde man aber erzielen, wenn man dann diese Arbeitsenergien ausschalten würde, indem man kein Recht auf Beschäftigung anerkennt.

Ferner würde es die soziale Wertung der Arbeit fördern, wenn der Arbeitnehmer seine verdungene Arbeitskraft nicht rosten zu lassen braucht und Gelegenheit hat, durch seine Arbeitsleistung sich persönlich zur Geltung zu bringen. Man muß heute annehmen, daß jeder, der arbeiten kann, auch arbeiten will, und daß er die Arbeit nicht als Last, sondern als Segen empfindet. Damit würde der Geist des BGB-Arbeitsvertrages — der Geist der römisch-rechtlichen Dienstmiete — im wesentlichen überwunden sein. So würde dem seit alters her im deutschen Volke wurzelnden Empfinden, wonach die Arbeit des freien Mannes würdig und demgemäß die Leistung der Arbeit nicht etwa im Reich der Sachen, sondern im Reich der Persönlichkeit liegt, Rechnung getragen sein[49]).

Nach germanischer Auffassung war es mit der Ehre des freien Mannes durchaus vereinbar, sich in die Dienste eines anderen zu begeben. Mit dem Dienstantritt übernahm aber auch der „Herr" eine besondere Treupflicht gegenüber dem „Mann". Es galt der Grundsatz: Treue um Treue. Der Arbeitgeber übernahm durch das Arbeitsverhältnis rechtliche und sittliche Pflichten, die über die reine Entlohnung weit hinaus gingen. Es entspricht nationalsozialistischer Rechtsauffassung, mit den alten römisch-rechtlichen Gedanken von der Arbeitskraft als Ware zu brechen und die deutschrechtliche Auffassung wieder zur Geltung zu bringen.

Damit ist also zum Ausdruck gebracht, daß die Arbeit als solche im Mittelpunkt des ganzen Arbeitsverhältnisses steht. Die Arbeitskraft, nicht

---

47) Lohwasser, S. 3.
48) Bewer, Sp. 35 NZfABR, 1921.
49) Dersch, S. 889, DAR, 1935, Heft 7—8.

der Arbeitnehmer, ist in erster Linie schutzbedürftig. Daß diese Ansicht die richtige sein dürfte, zeigt der Wille des heutigen Gesetzgebers, im kommenden Strafrecht zum ersten Male die Verletzung der Arbeitskraft unter Strafe zu stellen[50]).

Das bisherige Recht war ja nicht ein Recht der Arbeit, sondern des Arbeitsvertrages. Diese Theorie verleugnete die Grundtatsache, daß der Mensch in und von seiner Arbeit lebt und das Recht hier Lebensrecht ist. So wird das kommende Recht eigentlich erst zu einem Arbeitsrecht im wahren Sinne des Wortes[51]).

Aus diesem Gedanken der Gemeinschaft, der Ehre und Achtung ist denn auch das neue Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit entstanden. Nach § 1 AOG arbeiten Führer und Gefolgschaft gemeinsam zur Förderung der Betriebszwecke und zum gemeinsamen Nutzen von Volk und Staat. Da nunmehr die Zugehörigkeit zur Betriebsgemeinschaft eine Pflicht zur Mitarbeit nicht nur an der Betriebsförderung, sondern auch zum Nutzen von Volk und Staat begründet, kann es, — wie Hueck-Nipperdey mit Recht betonen[52]) —, nicht mehr im Belieben des Unternehmers stehen, ob er einen Gefolgschaftsangehörigen beschäftigen und ihm die Erfüllung dieser Ehrenpflicht ermöglichen will.

Das Grundprinzip des auf der Gemeinschaft ruhenden personenrechtlichen Dienstvertrages ist die Treue; sie ist durch das Arbeitsordnungsgesetz zum obersten Grundsatz wenigstens der Betriebsgemeinschaft erhoben worden. So folgert denn auch Mansfeld[53]) aus der Treupflicht des Unternehmers, daß er seinen Mitarbeitern gegenüber verpflichtet ist, sie zu beschäftigen, ihnen Urlaub zu erteilen, für sie zu sorgen, und ihnen Lohn zu zahlen.

Man könnte demgegenüber einwenden, daß eine Anerkennung der Beschäftigungspflicht dem in § 2, I AOG niedergelegten Gedanken des Entscheidungsrechts des Betriebsführers entgegenstehen würde. Doch ist dieser Einwand leicht abzuweisen. Das Gesetz hat dieses Recht dem Betriebsführer nicht um seiner selbst willen gegeben, sondern als ausgesprochenes Pflichtrecht[54]). Nach § 2, II AOG hat er außerdem für das Wohl der

50) Vgl. Gürtner, S. 231 ff.
51) Klotz, S. 229.
52) Hueck-Nipperdey, §2, Anm. 18, S. 38; a. M. Dersch, § 57 Anm. 3 a, S. 319, Kommentar.
53) Mansfeld, S. 483, JW 1936. Neuerdings einschränkender DAR 1936, S. 118 ff.; insbesondere S. 129.
54) Hueck-Nipperdey, § 35, 2 Anm. 9.

Gefolgschaft zu sorgen; er hat also seine Entscheidungen so zu treffen, daß sie den Aufgaben der Betriebsgemeinschaft und damit der Förderung des Betriebszwecks und des gemeinen Nutzens von Volk und Staat dienen. Dies ist aber, wie wir gesehen haben, nur möglich, wenn er seine Gefolgschaft auch tatsächlich beschäftigt.

Es ist also festzustellen, daß die Arbeit, die Dienst an Volk und Staat ist, nicht nur eine Pflicht, sondern auch ein Recht darstellt. Man kann wohl mit Hueck-Nipperdey[55]) sagen, daß Regel und Ausnahme gegenüber dem bisher angenommenen Verhältnis zu vertauschen sind.

Wir kommen demnach zu dem Ergebnis, daß der Arbeitnehmer im Sinne der heutigen Arbeitsordnung in allen Fällen einen Anspruch auf Beschäftigung hat, wenn nicht wichtige Gründe auf Seiten des Unternehmers diesem entgegenstehen.

Dieser wichtige Grund muß aber dann m. E. weit ausgelegt werden. Wie schon die Denkschrift zu dem Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes von 1923 ausführt, kann es dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden, durch die Tätigkeit des Arbeitnehmers den Betrieb schädigen zu lassen. Der wichtige Grund stellt sich somit als Betriebsgrund dar[56]).

Man könnte nun versucht sein, den Beschäftigungsanspruch ähnlich wie den Kündigungsschutz nur für Betriebe mit mehr als 10 Beschäftigten anzuerkennen.

Wenn es sich nämlich um einen größeren Betrieb handelt, wird damit praktisch eine Milderung eines möglicherweise auftretenden Gegensatzes zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer eintreten, denn es ist nicht anzunehmen, daß beide zusammen in einem Raum arbeiten. Aber auch wenn man einen Kleinbetrieb annimmt, bei dem durch die tägliche enge Berührung verhältnismäßig leichter Reibungen entstehen können, so wird man daraus im allgemeinen noch nicht die Folgerung ziehen können, daß in einem solchen Fall, wo die Betriebsgemeinschaft vielleicht gefährdet erscheint, der Beschäftigungsanspruch des Dienstverpflichteten schlechthin zu verneinen ist; sondern man wird grundsätzlich auch von dem Betriebsführer eines Kleinbetriebes verlangen müssen, daß er zum Wohle der Betriebsgemeinschaft sein persönliches Interesse einmal zurückstellt. Nur, wo tatsächlich

55) Hueck-Nipperdey, S. 38.
56) Vgl. Bewer LZ, 1924, S. 101.

eine Störung der Betriebsgemeinschaft eintreten sollte, ist zum Wohle der Gesamtheit ein Beschäftigungsanspruch des Einzelnen zu versagen.

Nur durch eine grundsätzliche Anerkennung der Beschäftigungspflicht kann der heutigen Bedeutung und dem Wesen der Arbeit Rechnung getragen werden. Man ging eben früher — worauf schon Wyß[57]) hinweist — von der falschen — wenn auch nach damaliger Auffassung verständlichen — Voraussetzung aus, den Beschäftigungsanspruch unter Heranziehung von Beispielen aus dem Reich der Sachen abzuweisen, während in Wahrheit die menschliche Arbeit in der Sphäre der Persönlichkeit ruhte.

Im übrigen ist zu berücksichtigen, daß unser wirtschaftliches Leben sich nicht nur grundlegend von den Zuständen, für welche das römische Recht[58]) geschaffen wurde, unterscheidet, sondern auch von den Verhältnissen, die bei uns bis ins 19. Jahrhundert geherrscht haben. Im Laufe der Zeit hat die Zahl derer immer mehr zugenommen, denen das Arbeitsverhältnis die ganze wirtschaftliche Existenz bedeutet. Wenn man nun bedenkt, daß die Mehrzahl des deutschen Volkes in einem abhängigen Arbeitsverhältnis steht, so kann man wohl behaupten, daß das Arbeitsverhältnis eines der wichtigsten Lebensverhältnisse des arbeitenden Menschen darstellt. „Mit der äußeren Ausbreitung der Arbeitstätigkeit geht aber Hand in Hand eine Zunahme der gesellschaftlichen Achtung der Arbeit. Die Verpflichtung des Dienstherrn zur Annahme der Dienstleistung ist der einzige entsprechende Ausdruck dieser gesellschaftlichen Achtung der Arbeit“[59]).

Nach Kohler[60]) würde diese Verpflichtung des Arbeitgebers zur Annahme der Dienste dem Arbeitnehmer nur zum Unheile gereichen. Wie er an und für sich ganz richtig bemerkt, setzt der Annahmeverzug ein Verschulden des Gläubigers nicht voraus. Bei einer Verpflichtung zur Annahme der Dienste würde der Gläubiger aber gleichzeitig eine Schuldnerstellung erlangen, die dann, vom Schuldstandpunkt aus, ihre Entschuldigungen und Ausnahmen zulassen würde. Dem Schuldner würde so „die günstigere Situation“ entzogen, die er, ohne eine Annahmepflicht, in den Fällen innehat, wo der Gläubiger ohne Verschulden ist. Dieser Einwand Kohlers kann nicht gebilligt werden. Abgesehen von der Ablehnung der einseitigen Gläubigerstellung, ist dies auch mit der eigenen Argumenta-

57) Wyß, S. 109.
58) Sowohl das klassische römische Recht als auch das usus modernus.
59) Wyß, S. 115.
60) Kohler, S. 163 ff.; Arch. f. BR XIII, (1897).

tion Kohlers nicht zu halten. Wird nämlich der Arbeitnehmer zur Annahme der Arbeitsleistung verpflichtet, so ist er in bezug auf diese zugleich Gläubiger und Schuldner, was ja auch Kohler nicht bestreitet. Kommt nun der Arbeitgeber mit der Annahme der Dienste hinsichtlich seiner Gläubigerstellung in Verzug, so hat er unabhängig vom Verschulden den vereinbarten Lohn zu zahlen; dieser Anspruch ist kein Schadensersatzanspruch, sondern Anspruch auf Erfüllung. Ist der Arbeitgeber aber gleichzeitig wegen seiner Verpflichtung zur Annahme der Dienste in Schuldverzug geraten, so hat er hier wirklichen Schadenersatz zu leisten, der z. B. darin bestehen kann, daß der Dienstverpflichtete neue Arbeit aufsuchen muß, die Kosten des Umzugs und Wohnungswechsels usw.

Nur von dieser Schadensersatzleistung kann sich der Arbeitgeber befreien durch den Nachweis, daß ihm kein Verschulden zur Last fällt. Seine Verpflichtung zur Lohnzahlung als Folge seines Gläubigerverzuges besteht unabhängig davon, ob er das Ausbleiben der Annahme der Arbeitsleistung verschuldet hat oder nicht. Damit sind aber die Bedenken Kohlers widerlegt. Vielmehr ist festzustellen, daß die Anerkennung eines Beschäftigungsanspruchs auch in rein materieller Hinsicht dem Dienstverpflichteten nur zum Vorteil gereichen kann.

C. Umfang des Anspruchs und praktische Folgerungen.

1. Anspruch auf angemessene Beschäftigung.

Wenn dem Arbeitnehmer ein Beschäftigungsanspruch zusteht, dann ist es fraglich, in welchem Umfange er Erfüllung dieses Anspruchs verlangen kann, mit anderen Worten, ob er zunächst einmal Anspruch auf angemessene Beschäftigung hat. Die Frage kann für ihn in zweifacher Hinsicht von Bedeutung sein, einmal dafür, daß er seinen Fähigkeiten entsprechend nicht beschäftigt wird, zum anderen, daß das übliche Maß weit übersteigende Anforderungen an ihn gestellt werden.

Im allgemeinen steht dem Arbeitgeber kraft seines „Direktionsrechts" das Recht zu, nähere Einzelheiten des Arbeitsvertrages hinsichtlich Zeit, Ort, Art und Umfang der Arbeit zu bestimmen. Der Arbeitnehmer ist dann gemäß seiner „Gehorsamspflicht" verpflichtet, diesen Anforderungen Folge zu leisten. Daraus ist aber nicht zu entnehmen, daß der Arbeitnehmer hierzu in allen Fällen gezwungen werden kann. Vielmehr ist eine

Beschäftigung nur dann als „angemessen" anzusehen, wenn sie sich im Rahmen des § 242 BGB hält, d. h. wenn Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte sie so erfordern. Ferner ist aus § 315, I BGB zu entnehmen[61]), daß im Zweifel, wenn sich aus dem Arbeitsvertrag selbst nichts Näheres ergibt, der Arbeitgeber nach billigem Ermessen die Leistungspflicht des Arbeitnehmers zu bestimmen hat.

M. E. ergibt sich der Umfang der Leistungspflicht aus dem Vertrage selbst, denn nach § 611 BGB ist der Dienstverpflichtete nur zur Leistung der versprochenen Dienste verpflichtet. Diese versprochenen Dienste können nach dem zugrunde liegenden Vertrage eine verschiedenartige Auslegung erfahren. So hat z. B. das Gewerbegericht Offenbach[62]) entschieden, daß Fabrikarbeiter einer Stearinfabrik nach dem Brande der Fabrik nicht mit Aufräumungsarbeiten beschäftigt werden dürfen, denn es sei wesentlicher Inhalt des Arbeitsvertrages, daß der Arbeiter zu den gewerblichen Arbeiten des Gewerbezweiges, für die er engagiert ist, verwendet werde.

Dem Urteil ist darin zuzustimmen, daß Arbeiten, die überhaupt nicht zum Gewerbebetrieb gehören, auch nicht von dem Arbeiter verlangt werden können; daß der Arbeitnehmer aber zu sämtlichen Arbeiten des Gewerbebetriebes verpflichtet sein soll, ist in der Allgemeinheit nicht richtig.

Selbstverständlich kann dies in Ausnahmefällen einmal der Fall sein, so beim Handlungsgehilfen, der keinen Anspruch auf Beibehaltung gerade der bisherigen Beschäftigungsart hat. Natürlich kann auch ihm nicht jegliche Beschäftigung entzogen und nur eine „Meldepflicht" auferlegt werden.

Das Reichsarbeitsgericht[63]) hat allerdings in zwei Urteilen ausgesprochen, daß grundsätzlich jeder Arbeitgeber kraft seines Direktionsrechts befugt sei, einem Arbeitnehmer eine andere Arbeitsstelle anzuweisen, wenn er dies im Interesse des Betriebes für erforderlich oder wünschenswert hält, sofern die Zuteilung des neuen Arbeitsplatzes für den Arbeitnehmer nicht eine unberechtigte Maßregelung bedeutet und eine Schmälerung des Lohnes im Gefolge hat. Dieser allgemeine Grundsatz kann aber eine Abänderung erfahren, „wenn sich aus dem Inhalt des im einzelnen Falle in Betracht kommenden Arbeitsvertrages etwas Anderes

61) Franke, NZfABR, 1925, Sp. 655.
62) Gwbg. VII; 1902, S. 43 ff.
63) RAG IV, S. 212; ArbRspr. 1930, S. 66.

ergibt"[64]). Damit ist klargestellt, daß der Vertrag den Inhalt der Leistungspflicht bestimmt. Nur bei ungelernten Arbeitern wird man freilich dem Arbeitgeber ein weitergehendes Direktionsrecht innerhalb des Vertrages zuzusprechen haben, das aber auf jeden Fall dann seine Grenzen findet, wenn das Verlangen der Leistung schikanös, unsittlich, strafbar oder gesundheitsschädlich ist[65]).

2. Mitwirkungshandlungen oder Leistungspflichten des Arbeitgebers.

Hat der Dienstverpflichtete einen Beschäftigungsanspruch erworben, so ist damit bisher nur festgestellt, daß er innerhalb seines Dienstverhältnisses einen Anspruch auf tatsächliche angemessene Beschäftigung hat. Für ihn taucht dann aber sofort die Frage auf, ob der Arbeitgeber zu gewissen „Mitwirkungshandlungen" verpflichtet ist, um dieses Recht auf Beschäftigung auch praktisch wirksam werden zu lassen. Zu denken ist daran, daß der Arbeitgeber ihm die Erfüllung seines Beschäftigungsanspruchs überhaupt erst einmal ermöglichen soll, indem er Arbeitsräume und Geräte zur Verfügung stellt; weitergehend, ob der Arbeitgeber auch dafür einzustehen hat, daß rechtzeitig Material zur Stelle ist, ob er also verpflichtet ist, Beschaffungsverträge abzuschließen und eventuell Anweisungen zu geben, damit auch tatsächlich gearbeitet werden kann. Diesen etwaigen Ansprüchen des Arbeitnehmers steht das Direktionsrecht des Arbeitgebers gegenüber, dem es unbenommen bleiben soll, die Art und Weise der Führung des Betriebes nach seinem Ermessen zu gestalten.

Eine Einschränkung des Direktionsrechts hat man naturgemäß zuerst da zu begründen versucht, wo die Gefahr bestand, daß durch einen Mißbrauch des Direktionsrechts der Arbeitnehmer einen Vermögensnachteil erleiden würde, nämlich beim Akkordvertrag, da hier sich die Vergütung nach dem Ergebnis der Arbeitsleistung richtet. Wölbling[66]) ist der Ansicht, daß der Arbeitgeber in gewissen Fällen zwar die Akkordarbeit unterbrechen kann, aber nur, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt. Ein solches Verschulden kann nach ihm darin liegen, daß der Arbeitgeber nicht durch entsprechende Abmachungen bei seinen Lieferungsverträgen für rechtzeitige Materiallieferungen gesorgt hat, daß die Maschinen nicht genügend instand gehalten worden, nicht rechtzeitig durch neue ersetzt worden sind.

64) RAG 11, S. 87.
65) Kaskel-Dersch, S. 169.
66) Wölbling, S. 133.

Freilich muß er zugeben, daß der Akkordarbeiter keinen klagbaren Anspruch auf die Vornahme dieser Handlungen hat[67]). Da Wölbling keinen Beschäftigungsanspruch anerkennt, kann er auch zu keinem anderen Ergebnis gelangen.

Die Frage der sog. Mitwirkungshandlung wurde ferner eingehend in den Fällen von Betriebsstockungen erörtert, wo die Arbeitnehmer ihre Arbeit nicht leisten konnten, obwohl sie dazu bereit waren. Es entstand Streit darüber, ob in einem solchen Falle Unmöglichkeit der Leistung seitens der Arbeitnehmer[68]) oder aber Annahmeverzug seitens der Arbeitgeber vorlag, weil nicht der Leistungsanteil der Arbeitnehmer, sondern lediglich die Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers unmöglich werde[69]). Das Fehlen einer solchen Mitwirkungshandlung führte dann — wie gezeigt — zur Bejahung eines Lohnanspruchs nach § 615 BGB, da der Arbeitgeber immer nur in Annahmeverzug geraten konnte, und dieser unabhängig vom Verschulden war.

Nach herrschender Meinung[70]) schließen sich diese Begriffe aus, denn nach § 297 BGB versetzt nur das Angebot einer möglichen Leistung den Nichtannehmenden in Annahmeverzug, da aber außer der Arbeitsbereitschaft des Arbeitnehmers auch noch die Mitwirkung des Arbeitgebers zum Annahmeverzug gehöre, so sei eben das Problem, ob bei Fehlen dieser Mitwirkungshandlungen die Leistung des Arbeitnehmers trotzdem als möglich angesehen werden könne. Titze ist der Ansicht, wenn dieses „Arbeitssubstrat" existiere, und nur gerade dem Arbeitgeber die Möglichkeit oder der Wille fehle, durch Beschaffung dieses Substrates die erforderliche Mitwirkungshandlung vorzunehmen, so sei die Arbeitnehmerleistung „an sich" möglich; sei dagegen das Substrat untergegangen, und demgemäß die Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers objektiv unmöglich, so bedinge dies zugleich die Unmöglichkeit der Arbeitnehmerleistung.

Nach Trautmann und Oertmann[71]) ist zwischen der Leistungshandlung des Schuldners und der Bewirkung der Leistung, d. h. Erfüllung des ganzen Schuldverhältnisses zu unterscheiden. Für die letztere sei eine Mitwirkungshandlung des Gläubigers begriffsnotwendig, während für die bloße

---

67) Wölbling, a. a. O.
68) Vgl. Titze, S. 21 ff. „Unmöglichkeit der Leistung".
69) Oertmann, Arch. f. Ziv. Pr., 1916, S. 11 f.; Trautmann, Gruchot Beitr. 59, S. 436 ff.
70) Vgl. v. Staudinger, § 615, II 2, S. 820.
71) Trautmann, a. a. O., S. 434; Oertmann, a. a. O., S. 23.

Leistung nur die Schuldnertätigkeit zu berücksichtigen sei. Sei aber diese möglich, so begründet deren Nichtannahme den Annahmeverzug des Gläubigers nach § 297 BGB.

Das Erfordernis einer Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers war in der Hauptsache aufgestellt worden, um dem Arbeitnehmer möglichst in vielen Fällen einen Lohnanspruch zu sichern. Hier geht es aber um die weitere Frage, ob der Arbeitnehmer einen Anspruch auf diese „Mitwirkungshandlungen" hat, d. h., ob der Arbeitgeber bei Fehlen dieser Handlungen nicht nur in Gläubigerverzug, sondern auch in Schuldnerverzug geraten kann, ob der Arbeitnehmer bei deren Verletzung auf ihre Erfüllung klagen kann. Nach den bisher dargelegten Ansichten konnte diese Frage gar nicht auftauchen, da die Vertreter von der Voraussetzung ausgingen, daß der Arbeitsvertrag einzig und allein den Zweck habe, Arbeit gegen Entgelt zu leisten. Da sie eine Beschäftigungspflicht nicht anerkannten, stellten sie infolgedessen die Erfüllung dieser Mitwirkungshandlungen in das Belieben des Arbeitgebers, und ihre Erörterungen bewegten sich daher nur um das Problem, welchen Einfluß das Fehlen bezw. die Möglichkeit oder Unmöglichkeit dieser „Mitwirkungshandlungen" auf den Lohnanspruch ausübe.

Nach der hier vertretenen Ansicht der Anerkennung eines Beschäftigungsanspruchs können diese Darlegungen nicht mehr als Ausgangspunkt angesehen werden. Es ist das Verdienst Kaskels[72]), als erster darauf hingewiesen zu haben, es sei unrichtig zu behaupten, daß die Beschaffung des Arbeitssubstrates lediglich in einer „Mitwirkungshandlung" des Arbeitgebers besteht. Kaskel sagt, daß der Arbeitgeber nicht nur die Pflicht habe, das Entgelt zu zahlen, sondern auch noch die Pflicht zur sozialen Fürsorge, die Pflicht zur Erteilung eines Zeugnisses usw. „Eine solche auf Grund des Arbeitsvertrages bestehende Pflicht des Arbeitgebers ist nun auch die Pflicht zur Beschaffung des Arbeitssubstrates"[73]). Diese Ansicht Kaskels ist umso bemerkenswerter, als er diese Pflicht dem Arbeitgeber unabhängig von einer Beschäftigungspflicht auferlegt hat. Folgerichtig kommt er dann zu dem Schluß, daß bei Verletzung dieser vertraglichen L e i s t u n g s p f l i c h t e n der Arbeitnehmer auf Erfüllung bezw. Schadensersatz klagen kann[74]). Er ist daraufhin besonders von Oert-

72) Kaskel, S. 5 NZfABR, 1922.
73) Kaskel, a. a. O., S. 6.
74) Kaskel „Arbeitsrecht", S. 157.

mann[75]) angegriffen worden. Dersch hat später in der Neuauflage Kaskel-Dersch[76]) die Meinung Kaskels wieder aufgegeben. Er begründet das damit, daß bei einer vertraglichen Leistungspflicht des Arbeitgebers es gemäß § 280 BGB für die Pflicht zur Lohnzahlung darauf ankomme, ob ihn ein Verschulden trifft oder nicht. Nach Dersch würde bei mangelndem Verschulden aber immer noch Annahmeverzug übrig bleiben, da Annahmeverzug und Schuldnerverzug sich nicht ausschließen. Also bekam der Arbeitnehmer doch seinen Lohn, und dies genügte. Das ist schon richtig, aber darüber hinaus ließ man damit die Klagemöglichkeit auf die „Mitwirkungshandlung" auf Grund seines Vertrages dem Arbeitnehmer wieder entgehen.

Wenn man aber einen Beschäftigungsanspruch anerkennt, dann können sich tatsächlich diese sog. Mitwirkungshandlungen des Arbeitgebers nur als vertragliche Leistungspflichten darstellen; denn kraft seines Arbeitsvertrages hat der Arbeitnehmer seinen Beschäftigungsanspruch erworben, und er kann diesen nur verwirklichen, wenn der Arbeitgeber seine vertragliche Leistungspflicht auch erfüllt, d. h. Arbeitsräume und Geräte usw. zur Verfügung stellt. Verletzt er diese Pflicht, so kann der Arbeitnehmer auf Erfüllung klagen. An und für sich hätte nun der Arbeitgeber als Schuldner alle diejenigen Arbeitssubstrate zu stellen, zu denen er tatsächlich in der Lage ist, nur jene nicht, die zu stellen auch ohne sein Verschulden nicht möglich ist.

Fraglich ist aber, ob in diesem Umfange dem Arbeitnehmer dieses Klagerecht zusteht, da — wie oben gezeigt — auch das Direktionsrecht des Arbeitgebers, das ihm gerade heute als Führer des Betriebes zusteht, nicht zu sehr eingeengt werden darf. Es ist daher unumgänglich eine Abgrenzung dieser Leistungspflichten erforderlich. Bei näherer Betrachtung zerfallen diese Pflichten des Betriebsführers in sachliche und persönliche „Mitwirkungshandlungen". Auf die ersteren wird der Gefolgschaftsangehörige eher einen Anspruch haben, denn er kann seinen Beschäftigungsanspruch nur verwirklichen, wenn ihm auch tatsächlich Arbeitsräume und Geräte zur Verfügung gestellt werden. Kann er darüber hinaus auch die Vornahme der persönlichen „Mitwirkungshandlungen" verlangen, z. B. daß der Arbeitgeber beim Gruppenakkord eine für die Gruppe erforderliche Arbeitskraft zuweist, oder eine untaugliche entläßt und dafür eine andere einstellt?

---

75) Oertmann, NZfABR, 1922, S. 461 ff.
76) Kaskel-Dersch, S. 188, Anm. 4.

Oertmann[77]) nennt dies „eine bevormundende Versorgungspolitik, die, wenn auf die Dauer siegreich, das Gefühl der wirtschaftlichen Selbstverantwortlichkeit und die freie Entschlußkraft in unserem Volke verhängnisvoll beeinträchtigen würde." Wenn auch dieser Einwand Beachtung verdient, so ist damit doch nicht jegliche Einschränkung des Direktionsrechts des Arbeitgebers abzulehnen. Man ging eben auch hier von einer falschen Voraussetzung aus, indem man behauptete, daß sich das „Direktionsrecht" des Arbeitgebers und die „Gehorsamspflicht" des Arbeitnehmers gegensätzlich gegenüberständen. Abgesehen davon, daß heute der Begriff Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausgemerzt ist und an seine Stelle Führer und Gefolgschaft getreten sind, die als Werksangehörige in der Arbeit und Ehre gleich sind, so hat sich auch das Direktionsrecht inhaltlich gewandelt. Es stellt sich nicht mehr als Ausdruck einer herrschaftlichen Gewalt, sondern als Pflichtrecht dar, das dem Arbeitgeber zur Förderung der Betriebszwecke und zum gemeinen Nutzen von Volk und Staat gewährt wurde. Wenn der Betriebsführer aber sein Entscheidungsrecht dazu benutzt, um für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen, wozu er aus dem inneren Wesen der Betriebsgemeinschaft als Treu- und Vertrauensverhältnis verpflichtet ist, dann wird der Gefolgschaftsangehörige auch willig seinen Anordnungen Folge leisten. An die Stelle des Gegensatzes zwischen „Direktionsrecht" und der „Gehorsamspflicht" ist heute die Gleichrichtung dieser Begriffe getreten, die beide nur einem Ziele nachstreben, nämlich der Erfüllung der Betriebszwecke, wozu auch in der Regel eine tatsächliche Beschäftigung gehört. Dann braucht auch das Entscheidungsrecht des Betriebsführers nicht zu sehr eingeengt zu werden, denn seine ihm obliegende Treupflicht verlangt ja schon eine vernünftige Ausgestaltung seines Direktionsrechts.

3. Klage auf Erfüllung der Fürsorgepflichten.

Hat der Arbeitnehmer somit grundsätzlich ein Klagerecht auf diese Leistungspflicht im gewissen Umfange, ferner auch einen Anspruch auf angemessene Beschäftigung, so wird für ihn die Frage besonders bedeutsam, ob er auch ohne Gefahr für Leben und Gesundheit seiner Arbeit nachgehen kann. Diesen Erfordernissen soll § 618, I BGB, der eine Fürsorgepflicht dem Dienstberechtigten auferlegt, dienen. Es fragt sich aber, ob der Arbeitnehmer dann auf Erfüllung klagen kann, wenn der Dienstberechtigte diese

77) Oertmann, NZfABR, 1922, Sp. 463.

Fürsorgepflicht verletzt. Nach bisheriger Rechtsauffassung konnte diese Frage nur verneint werden, denn da der Dienstverpflichtete ein Recht auf Beschäftigung in der Regel nicht hatte, konnte er auch nicht verlangen, daß der Dienstberechtigte Arbeitsräume usw. überhaupt zur Verfügung stellte, also auch nicht, daß er die Räume in ordnungsmäßigem Zustand zur Verfügung stellte[78]. Demgegenüber weisen Nipperdey und Oertmann[79] mit Recht daraufhin, daß diese Gründe nicht zwingend seien, um einen Erfüllungsanspruch gänzlich abzulehnen. Wenn nämlich der Dienstberechtigte — obwohl er dazu nicht verpflichtet ist — den Dienstverpflichteten doch tatsächlich beschäftigt, dann bestehen auch keine Bedenken, den Unternehmer zu verurteilen, bei der Beschäftigung bestimmte Betriebsmaßnahmen zu treffen. Mit Recht nennt Oertmann[80] aber diese hier besprochene Pflicht nur eine hypothetische, da es ja weiterhin im Belieben des Unternehmers steht, ob er tatsächlich beschäftigen will oder nicht. Nipperdey[81] wendet sich auch gegen diese Auffassung und behauptet, daß es reine Theorie sei, wenn man sage, der Unternehmer beschäftige dann einfach nicht. Er kann nicht in perpetuum Lohn zahlen, ohne arbeiten zu lassen. Insoweit ist Nipperdey schon zuzustimmen, aber er übersieht dabei, daß dann der Dienstberechtigte dem Dienstverpflichteten einfach kündigen wird.

Da dem Dienstverpflichteten kein Beschäftigungsanspruch zustand und die Ansprüche aus § 618 BGB nur privatrechtlicher Natur waren, war es nicht verwunderlich, wenn § 618, III BGB dem Dienstverpflichteten bei Verletzung der Fürsorgepflicht nur einen Schadensersatzanspruch zubilligte. Da er im übrigen ein Leistungsverweigerungsrecht hatte, war somit seinen Belangen scheinbar Rechnung getragen. Da er aber nach der hier vertretenen Ansicht einen Beschäftigungsanspruch hat, ist ihm mit diesen Rechten allein nicht gedient. „Zu den bisherigen gesetzlichen Quellen des Arbeitsrechts ist aber jetzt das AOG hinzugetreten, aus dessen Grundgedanken heraus auch die übrigen Gesetze neu ausgelegt werden müssen"[82]. So fordert denn auch Ballinger[83], daß an die schon in den §§ 617, 618 BGB dem Unternehmer gebotene Fürsorgepflicht erhöhte Anforderungen gestellt

78) Planck, § 611, 5 b, S. 965; RG 106, S. 274.
79) Bei v. Staudinger, S. 852; Oertmann, S. 201. „Deutsches Arbeitsvertragsrecht.
80) Oertmann a. a. O.
81) Nipperdey, a. a. O., S. 852.
82) Lutz-Richter, JW, 1934, S. 603 ff.
83) Ballinger, S. 45; S. 54.

werden müssen und der Führer des Betriebes nach § 2, II AOG die Fürsorge für die Gefolgschaft — die sich selbstverständlich auf den Betriebsschutz erstreckt —, als öffentlich-rechtliche Pflicht zu übernehmen hat. Diese Pflicht ist aber zugleich eine privatrechtliche, und daher kann der Beschäftigte auch auf Erfüllung klagen. Das Ergebnis stellt für alle diejenigen eine Selbstverständlichkeit dar, die ein Recht auf Beschäftigung anerkennen, wie es in dieser Abhandlung geschehen ist. Denn für den Beschäftigten genügt es nicht, wenn er Schadensersatz verlangen oder die Arbeit verweigern kann, weil er ja gerade die Leistung erbringen will.

In diesen Zusammenhang gehört auch die Frage der Gewährung einer Gelegenheit zur Aufbewahrung der Kleider, Werkzeuge und sonstiger Sachen des Arbeitnehmers. Zwar bezieht sich die Fürsorgepflicht des Dienstberechtigten nach dem Wortlaut des § 618, I BGB nur auf den Schutz des Lebens und der Gesundheit des Dienstverpflichteten. Wenn aber dieser ein Recht auf Beschäftigung hat und in Verfolgung dieses Rechts auf sonstige Schutzmaßnahmen klagen kann, so ist ihm nicht damit gedient, wenn nur Schutzmaßnahmen für sein Leben und seine Gesundheit getroffen werden, sondern ein mindest ebenso großes Interesse hat er an dem Schutze seines Eigentums. So fordert denn auch Nipperdey[84]), daß die Fürsorgepflicht des Dienstberechtigten nach § 618 BGB auch auf das Eigentum des Beschäftigten ausgedehnt werden muß. Der Dienstberechtigte ist aus seinem Vertrage heraus gemäß § 157, 242 BGB verpflichtet, dafür zu sorgen, „daß die Sachen, die der Beschäftigte berechtigterweise mit zur Arbeit bringt, erhalten bleiben." Der Dienstberechtigte hat hierbei für jede Fahrlässigkeit einzustehen, da sich seine Haftung aus dem Dienstvertrage[85]) ergibt, nicht wie der unentgeltliche Verwahrer nur für die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten. Dann ist es aber nur eine selbstverständliche Folgerung, daß der Arbeitnehmer auch auf Erfüllung dieser Fürsorgepflicht klagen kann.

4. Verletzung des Beschäftigungsanspruchs als Grund zur fristlosen Kündigung.

Zum Abschluß dieser Betrachtungen soll noch geprüft werden, ob dem Dienstverpflichteten bei Verletzung seiner Ansprüche außer der Klage auf

84) Vgl. v. Staudinger, § 618, II, 4 b S. 850.
85) Vgl. v. Staudinger a. a. O., S. 850.

Erfüllung noch andere Rechte zustehen. Zunächst ist zu untersuchen, ob er berechtigt ist, das Arbeitsverhältnis fristlos aufzulösen; dabei ergibt sich eine verschiedene Betrachtung, je nachdem die wichtigen Gründe im Gesetz erschöpfend aufgezählt sind oder nicht.

a) Bei Entlassungsmöglichkeit aus jedem wichtigen Grund (Generalklausel).

Teilweise ist die fristlose Kündigung eines Arbeitsvertrages durch den Beschäftigten aus jedem wichtigen Grund möglich (§ 626 BGB; § 124, a GwO; § 70 HGB). Aus dem dargelegten Wert des Beschäftigungsanspruches ist zu entnehmen, daß eine Nichtbeschäftigung, eine nicht angemessene Beschäftigung und die Nichterfüllung der Fürsorgepflichten durch den Dienstberechtigten für den Beschäftigten sich als wichtiger Grund darstellen können. Auch diejenigen[86]), welche einen Beschäftigungsanspruch allgemein oder in einzelnen Fällen nicht anerkannten, gaben dann zum Teil trotzdem dem Dienstverpflichteten das Recht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist den Arbeitsvertrag zu beenden. Umsomehr muß ihm dieses Recht zustehen, wenn sein Beschäftigungsanspruch verletzt wird. Doch wird man eine fristlose Aufkündigung des Arbeitsverhältnisses aus diesen Gründen dem Dienstverpflichteten nur gestatten dürfen, wenn seine Nichtbeschäftigung auf einem Verschulden des Dienstberechtigten beruht. Wenn dagegen der Unternehmer zur Aussetzung der Arbeit schuldlos (z. B. durch höhere Gewalt) gezwungen worden und er bereit ist, die Vergütung weiter zu zahlen, dann muß der Beschäftigte nach Beendigung der Arbeitsunterbrechung die Arbeit auch wieder aufnehmen.

b) Bei erschöpfender Aufzählung.

Bedenken könnten nur in den Fällen auftauchen, in denen vom Gesetz eine erschöpfende Aufzählung der wichtigen Gründe vorgenommen worden ist, wie in § 124 der Gewerbeordnung für Gesellen und Gehilfen. Zweifellos hat der Gesetzgeber beim Inkrafttreten der Gewerbeordnung nicht an die Nichtbeschäftigung als wichtigen Grund zur Kündigung gedacht; er konnte dies auch gar nicht, da man damals allgemein davon ausging, daß dem Dienstverpflichteten ein Beschäftigungsanspruch nicht zustand. Es ist aber nicht an dem Buchstaben des Gesetzes zu haften, sondern das Gesetz ist nach dem Stande der jeweiligen Rechtsauffassung auszu-

86) Kohler, DJZ, 1911, S. 54 ff.; v. Staudinger § 611, 5 a, S. 802.

legen. Da heute ein allgemeines Recht auf Beschäftigung anerkannt werden muß, und der Arbeiter nicht nur Interesse an der Vergütung hat, so ist Ziff. 4 des § 124 GwO dahin zu verstehen, daß der Arbeiter nicht nur fristlos kündigen kann, wenn der Arbeitgeber den schuldigen Lohn nicht in der bedungenen Weise auszahlt, sondern auch dann, wenn der Lohn zwar ausgezahlt wird, aber ohne gleichzeitige tatsächliche Beschäftigung. Denn früher war die Lohnzahlung die einzige vertragliche Hauptpflicht, erfolgte diese nicht, so hatte der Arbeiter ein Recht zur fristlosen Kündigung; da aber als zweite Hauptvertragspflicht die Beschäftigungspflicht hinzugetreten ist, so muß in erweiternder Auslegung auch deren Verletzung zur fristlosen Kündigung berechtigen. Dies aber auch nur in dem oben geschilderten Umfange, d. h. bei Verschulden des Unternehmers, während bei Nichtzahlung des Lohns ohne Rücksicht auf Verschulden der Beschäftigte ein fristloses Kündigungsrecht hatte, da die Lohnzahlung sich als Gattungsschuld darstellte. (§ 279 BGB). Es ist somit klargestellt, daß für den Beschäftigten in derartigen Fällen zu einer erschöpfenden Aufzählung der Kündigungsgründe unter Hinweis auf die Nichtzahlung des Lohnes immer noch der wichtige Grund der Nichtbeschäftigung hinzutritt.

5. Schadensersatzansprüche wegen Nichtbeschäftigung.

a) Wegen Unmöglichkeit.

In vielen Fällen wird dem Beschäftigten nicht damit gedient sein, das Dienstverhältnis mit sofortiger Wirkung aufzulösen, sondern er kann Interesse daran haben, unter Fortsetzung des Arbeitsvertrages einen ihm entstandenen Schaden ersetzt zu bekommen.

Er kann seinen Anspruch auf nachträglich verschuldete Unmöglichkeit stützen und Schadensersatz aus § 280 BGB wie aus § 325 BGB, mithin Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder kündigen. Die Vorschriften über den Verzug werden für ihn weniger in Betracht kommen, da die Nichtannahme der Dienstleistung wegen der Nichtnachleistbarkeit der Dienste in der Regel deren Unmöglichkeit zur Folge haben wird.

b) Wegen positiver Vertragsverletzung.

Man wird heute dem Dienstverpflichteten bei Anerkennung eines Beschäftigungsanspruchs einen Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung geben können. Als Institut ist sie dem Gesetz nicht bekannt,

doch von der Wissenschaft und Praxis allgemein anerkannt. Man hat den § 276 BGB aus der Lehre der Unmöglichkeit — in der er nur die Umstände angibt, die der Schuldner zu vertreten hat — herausgehoben, und ihm die ganz allgemeine Bedeutung gegeben: Im Schuldverhältnis ist nicht nur in Beziehung auf Unmöglichkeit, sondern ganz allgemein Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, sodaß, wenn durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit dem Gegner ein Schaden entsteht, dieser zu ersetzen ist. Damit ist klargestellt, daß bei schuldhafter Verletzung dieser seiner „Forderung" der Dienstberechtigte zum Schadensersatz verpflichtet ist, wenn der Dienstverpflichtete einen Beschäftigungsanspruch hat.

c) Wegen unerlaubter Handlung.

In Zukunft wird sich im besonderen ein Schadensersatzanspruch aus den Vorschriften über unerlaubte Handlungen herleiten lassen. Diese Möglichkeit erkennt auch schon Lohwasser an, für den die §§ 823, II, 826 hierfür besonders in Betracht kommen. § 823, I BGB scheidet für ihn deshalb aus, weil — wie er mit Recht betont — der Beschäftigungsanspruch als obligatorischer Anspruch nicht unter die sonstigen (absoluten) Rechte dieses Paragraphen fällt. Dabei übersieht er m. E., daß die Verletzung des Beschäftigungsanspruchs sich sehr leicht als ein Verstoß gegen die Ehre des Gefolgschaftsangehörigen darstellen könnte, und da diese nicht nur durch § 823, II BGB geschützt wird, sondern auch nach nationalsozialistischen Grundsätzen als durch § 827, I BGB geschützt angesehen werden muß, somit auch ein Schadensersatzanspruch aus dem Absatz 1 des § 823 BGB herzuleiten wäre. Nach Lohwasser könnte der Dienstverpflichtete aus § 823, II BGB in Verbindung mit § 226 BGB (Schikane-Paragraph) in gewissen Fällen einen Schadensersatzanspruch erlangen, da die Zuteilung der Beschäftigung sich als die Ausübung eines Rechtes — nämlich des Direktionsrechts des Dienstberechtigten — darstellen würde. Insbesondere ist nach ihm ein Anspruch aus § 826 BGB herzuleiten, wenn der Schaden in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich zugefügt worden ist; dies wird aber nur in den seltensten Fällen der Fall sein.

Vielmehr ist in Zukunft daran zu denken, wenn die Arbeit erst im kommenden Strafgesetzbuch geschützt sein wird, daß sich dann jeglicher Verstoß gegen die Arbeit und die Arbeitskraft als ein Verstoß gegen ein Schutzgesetz im Sinne des § 823, II BGB darstellen und somit eine Verpflichtung zum Schadensersatz begründen würde.

6. Einschränkungen hinsichtlich der Entstehung eines Beschäftigungsanspruches.

a) Betriebsgründe.

Steht auch dem Beschäftigten grundsätzlich ein Erfüllungsanspruch auf Beschäftigung zu, so ist schon oben darauf hingewiesen worden, daß ein etwaiger entgegenstehender „Betriebsgrund" dessen Erfüllung verhindern würde. Es handelt sich hier um Fälle, in denen die Interessen der Gemeinschaft denen der einzelnen vorgehen.

b) Gesetzliche Bestimmungen.

Es sind aber auch Fälle denkbar, bei denen wegen der besonderen Art des Dienstverhältnisses der Dienstberechtigte von Gesetzes wegen zu einseitigen Maßnahmen berechtigt ist, die einen ganzen oder teilweisen Verlust des Beschäftigungsanspruchs zur Folge haben. Zu denken ist z. B. an den Vorstand eines Vereins, dessen Bestellung nach § 27, II BGB jederzeit widerruflich ist, unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung, oder an den Prokuristen, dessen Prokura jederzeit rückgängig gemacht werden kann. Hier zeigt das Gesetz deutlich, daß der Vorstand und der Prokurist auch bei einem weiterbestehenden Dienstvertrage keinen Anspruch mehr auf Beschäftigung in seiner bisherigen Stellung haben soll. Ein solcher Widerruf würde sich also nicht als Verletzung der Beschäftigungspflicht darstellen.

c) Die Frage der Aufwandsentschädigung.

In diesem Zusammenhange kann für den Beschäftigten die Frage der Aufwandsentschädigung Bedeutung erlangen. Voraussetzung dafür ist immer, daß sich diese nicht als Gehalt darstellt, auch nicht in versteckter Form, da sie sonst der Beschäftigte bei Nichtannahme seiner Dienste gemäß § 615 BGB ohne weiteres zu beanspruchen hätte. Sind sie aber tatsächlich nur Dienstaufwendungen, so folgt daraus an sich, „daß er sie nicht mehr beanspruchen kann, sobald sie mit dem Verzicht auf seine Dienstleistung fortfallen"[87]). Hueck[88]) führt dazu ganz richtig aus, daß das im allgemeinen dann der Fall ist, wenn der Unternehmer dadurch, daß er auf die weiteren Dienste des Angestellten verzichtet, zwar nicht den Dienstver-

87) RAG 22, S. 124; RAG 23, S. 8.
88) Hueck, S. 10, Anm. zu RAG 23.

trag, wohl aber das tatsächliche Beschäftigungsverhältnis, das die Quelle für die Ausgaben des Angestellten bildet, beendet.

Das Reichsarbeitsgericht führt in den beiden zitierten Entscheidungen aus, daß gemäß § 615 BGB, nachdem der Unternehmer durch Nichtannahme der Dienste in Annahmeverzug geraten war, dem Beschäftigten kein Schaden erwachsen darf. Der Unternehmer muß dann aber die Aufwandsentschädigung weiterzahlen, wenn der Dienstverpflichtete in der verflossenen Zeit schon dienstliche Aufwendungen gemacht hat, die erst durch künftig fällig werdende Beträge ihren Ausgleich finden sollen, oder soweit ein Dienstaufwand trotz Beendigung des tatsächlichen Beschäftigungsverhältnisses in der Zukunft noch entsteht. Diese Entscheidungen des RAG werden also auch von der Ansicht getragen, daß der Unternehmer bei Nichtannahme der Dienste nur in Gläubigerverzug gerate. Da aber nach der hier vertretenen Anschauung der Dienstverpflichtete einen Beschäftigungsanspruch hat und der Dienstberechtigte bei Verletzung dieses Anspruchs in Schuldenverzug gerät, steht dem Beschäftigten ein Anspruch auf Erfüllung zu. Dieser Anspruch geht seinem Inhalte nach aber gerade darauf hinaus, auch tatsächlich Aufwand leisten zu dürfen. Diese Fälle des RAG würden mithin dahin zu entscheiden sein, daß dem Dienstverpflichteten als Folge seines Beschäftigungsanspruchs in jedem Fall die Aufwandsentschädigung zusteht. Selbstverständlich würde in den oben genannten Fällen des Widerrufs der Prokura oder der Vorstandsbestellung ihm ein derartiger Anspruch nicht zustehen, da er ja hier insoweit einen tatsächlichen Beschäftigungsanspruch nicht hat, mithin auch keinen Anspruch, Aufwendungen zu machen und sie dann ersetzt zu bekommen. Vielmehr könnte er hier auch nur gemäß § 615 BGB als Folge des Gläubigerverzuges Ersatz verlangen, insoweit er tatsächlich noch Aufwand leisten muß.

2. Teil.

II. Der Beschäftigungszwang.

1. Durchsetzbarkeit nach § 888, I ZPO.

Ist ein Recht des Dienstverpflichteten auf Beschäftigung zu bejahen, so bleibt noch die Frage zu prüfen, ob ein dahingehendes Urteil nach unserer Rechtsordnung auch vollstreckbar ist.

In Betracht kommt hierfür § 888 ZPO. Nach Absatz 1 ist eine Vollstreckung möglich, wenn eine unvertretbare Handlung nicht durch einen Dritten vorgenommen werden kann, und diese ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt. Die Gewährung der Beschäftigung, also die Zuweisung von Arbeit an den Arbeitnehmer, ist eine Handlung, die nur von dem Arbeitgeber vorgenommen werden kann und ausschließlich von seinem Willen abhängig ist. Es fragt sich aber, inwieweit durch Absatz 2 des § 888 ZPO, der bei Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag Absatz 1 nicht zur Anwendung kommen läßt, hieran etwas geändert wird. Heermann[89]) ist der Ansicht, daß der Absatz 2 auf § 888, I ZPO sinngemäße Anwendung findet. Was dem Einen recht sei, sei dem Andern billig. Die Vertreter dieser Anschauung geben dem Beschäftigten dann nur ein Recht auf fristlose Kündigung und Schadensersatz[90]). Auch der Entwurf von 1923 bestimmt in § 46, III ausdrücklich, daß im Falle der Verurteilung zur Beschäftigung § 888, I ZPO keine Anwendung findet.

Bewer[91]) findet mit Recht dieses Ergebnis inkonsequent und widerspruchsvoll, wenn man einen einmal gegebenen Anspruch auf Beschäftigung dadurch wieder vereitelt. Auch aus dem Gesetz ist zu entnehmen, daß nach § 888, II ZPO nur der Arbeitnehmer geschützt werden sollte, sonst hätte der Gesetzgeber in diesen Fällen ebenfalls zugunsten des Arbeitgebers eine Zwangsvollstreckung ausdrücklich ausschließen müssen, denn es war auch nach altem Recht bei einzelnen Dienstverhältnissen ein Beschäftigungsanspruch anerkannt. Nur aus Paritätsgesichtspunkten den Absatz 2 analog anwenden zu wollen, scheint m. E. nicht zutreffend. Der Absatz 2 des § 888 ZPO stellt nur eine Ausnahmevorschrift von dem Grundsatz dar,

---

89) Heermann, S. 30 ff.
90) Vgl. Wilke, S. 40 ff.; Titze, S. 359; Kreller, S. 108 ff.
91) Bewer, LZ, 1924, Sp. 106.

daß rechtskräftige Urteile auch vollstreckt werden können; für Ausnahmevorschriften gilt aber grundsätzlich das Analogieverbot.

Denkbar ist jedoch, daß eine zwangsweise Beschäftigung sich für den Betrieb nachteilig auswirken kann, denn der Arbeitgeber könnte leichter geneigt sein, besonders in einem Kleinbetrieb, den Dienstverpflichteten zu schikanieren und dadurch die Betriebsgemeinschaft zu gefährden. Man könnte daran denken, ähnlich wie bei der Kündigungswiderrufsklage des § 56 AOG, einen Beschäftigungszwang nur für Betriebe mit mehr als 10 Beschäftigten anzuerkennen. Doch gerade in neuester Zeit[92]) wird die Ansicht vertreten, die Kündigungsschutzbestimmungen auch auf die sog. Kleinbetriebe auszudehnen, um eine Benachteiligung dieser Beschäftigten zu vermeiden. Denn es ist sicherlich überraschend, wenn man feststellt, daß der § 56 AOG bei 3,6 Millionen gewerblichen Betrieben für rd. 3,3 Millionen Betriebe nicht gilt, weil diese weniger als 10 Personen beschäftigen. Nach der Betriebszählung von 1933 hatten wir 14,6 Millionen Beschäftigte in gewerblichen Betrieben, davon arbeiteten knapp 7 Millionen in Betrieben mit 1—10 Beschäftigten; also ungefähr die Hälfte aller in den gewerblichen Betrieben Beschäftigten entbehrt des Schutzes der §§ 56 ff. AOG[93]). Es ist auch in der Tat nicht einzusehen, warum ein Arbeitgeber bei Vermeidung des Vollstreckungszwanges sich nicht dem im Urteil enthaltenen Befehle sollte fügen können. Denn dieses Urteil ist ja erst nach Abwägung der beiderseitigen Interessen, bei Feststellung, daß ihm kein Betriebsgrund entgegenstand, ergangen. Wenn der Arbeitgeber dann trotzdem den Arbeitnehmer schikaniert, und dadurch die Betriebsgemeinschaft gefährdet, so geht diese Störung allein von ihm aus und müßte außerdem als Verstoß gegen die soziale Ehre geahndet werden.

Man könnte vielleicht demgegenüber einwenden, daß es dem Willen des Gesetzgebers heute noch nicht entspreche, und zwar aus dem Gedanken des § 57 AOG heraus, der dem Unternehmer bei Verurteilung zum Widerruf der Kündigung die Möglichkeit gibt, diesen durch die Zahlung einer Entschädigung abzuwenden.

a) Rechtsgedanke des § 57 AOG.

§ 57 AOG kann nur zur Anwendung gelangen, wenn nach § 56 AOG eine wenigstens formal wirksame Kündigung ausgesprochen ist, diese wird

92) Antrag der DAF (abgedruckt im „Angriff" vom 28. 2. 1936).
93) Abgedruckt in „Deutsche Briefe" vom 3. 3. 1936.

aber der Arbeitgeber in der Regel in allen Fällen aussprechen, wo er gemäß § 888 ZPO zur tatsächlichen Beschäftigung des Arbeitnehmers verurteilt worden ist.

Spricht auch § 57 AOG nicht direkt gegen eine zwangsweise Durchsetzbarkeit des Beschäftigungsanspruches, so soll doch geprüft werden, inwieweit ein erzwungenes Gemeinschaftsverhältnis vielfach weder dem Willen des Gesetzes, noch dem Wesen des Arbeitsverhältnisses entspricht[94]).

Zur Beantwortung dieser Frage kann teilweise die Auffassung über die Natur des Wahlrechts des Unternehmers dienen. Daß der Anspruch des Gekündigten nur auf Zahlung der Entschädigung geht, ist sicher unzutreffend; eher ist der Meinung beizupflichten, daß der Unternehmer ein Wahlrecht hat, welche Leistung er bewirken will. Uns scheint aber die Ansicht Derschs[95]) zuzutreffen, daß die eigentlich geschuldete Leistung die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers sein sollte, denn der Kündigungsschutz soll in erster Linie den Zweck haben, daß der Gefolgsmann seinen Arbeitsplatz behält. Mit Recht hebt Schütt[96]) hervor, daß der Unternehmer, der die Entschädigung wählt und damit die Betriebsverbundenheit mit dem Gekündigten löst, sehr triftige Gründe für seine Entscheidung muß anführen können, wenn er sich nicht den Vorwurf mangelnden Gemeinschaftsgeistes zuziehen will. Dies ergibt sich auch aus der amtlichen Begründung des Gesetzes vom 30. 11. 1934 zur Erweiterung des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes[97]). Es hat sich nämlich gezeigt, daß die Unternehmer unter Verkennung ihrer Pflichten sich von der Weiterbeschäftigung durch die Zahlung der Entschädigung losgekauft haben. Trotz dieser Erkenntnis hat der Gesetzgeber, auch wenn die Kündigung offensichtlich willkürlich oder aus nichtigen Gründen unter Mißbrauch der Machtstellung im Betriebe erfolgte, nur die Höhe der Entschädigung heraufgesetzt. Der Gesetzgeber will also anscheinend tatsächlich hier einen irgendwie gearteten Beschäftigungszwang ablehnen. Damit sind auch die Versuche der Wissenschaft[98]) und Rechtsprechung, derartige willkürliche Kündigungen nichtig sein, und damit das Wahlrecht des Unternehmers gar nicht erst zum Zuge kommen zu lassen, vom Gesetzgeber anscheinend nicht gebilligt worden[99]).

94) Siebert, DR, Heft 23/24, S. 569.
95) Dersch, § 56, Anm. 2b, S. 285.
96) Schütt, S. 51.
97) abgedruckt bei Hoche, Bd. XI, 1935, S. 486.
98) Lotmar, I, S. 508 ff. Bewer, RABl. 1922, S. 704.
99) Molitor, S. 166 „Die Kündigung“.

Die augenblickliche Rechtslage ist also die, daß von einem tatsächlichen wirksamen Kündigungsschutz des Arbeitnehmers nicht ohne Einschränkung gesprochen werden kann, denn der Unternehmer kann auch weiterhin durch Zahlung des einjährigen Arbeitsverdienstes sich von der Weiterbeschäftigung loskaufen, dies umsomehr, da in der Regel nicht er, sondern der Betrieb den Schaden trägt.

b) Ausschaltung des Wahlrechts des Unternehmers.

Auch früher hatte man dieses unbefriedigende Ergebnis empfunden und angenommen, daß der Schlichtungsausschuß in seiner Entscheidung nach § 87, II BRG dem Arbeitgeber die Wahl zwischen Weiterbeschäftigung und Entschädigung nicht offen zu lassen braucht[100]). Dadurch wird dem Arbeitnehmer als Abwehrmittel gegen antisoziale Kündigungswillkür ein Recht auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gewährleistet[101]).

In neuester Zeit werden ähnliche Gedanken erwogen. Wie Dr. Hellwig, der Leiter des Amtes für die Rechtsberatungsstellen in der Deutschen Arbeitsfront im „Angriff" vom 28. 2. 1936 mitteilt, hat die Deutsche Arbeitsfront Anträge auf Erweiterung der Kündigungsschutzbestimmungen im Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit gestellt. Der eine Antrag geht dahin, daß die Arbeitsgerichtsbehörden in Zukunft in allen Fällen offenbarer sozialer Unbilligkeit lediglich auf den Widerruf der Kündigung erkennen dürfen.

Daß der augenblickliche Rechtszustand unbefriedigend ist, zeigen die verschiedenartigen Versuche, entweder eine derartige Kündigung als nichtig anzusehen oder so weit reichende Wirkungen zugunsten des Beschäftigten anzuknüpfen, daß für ihn keine irgendwie ungerechtfertigte Benachteiligung entsteht[102]).

Es ist anzunehmen, daß der derzeitige gesetzliche Zustand noch nicht einen Abschluß bedeutet, sondern daß das jetzt vorliegende Gesetz, das einstweilen nur die Form des Zusammenlebens der schaffenden Menschen regelt, die revolutionäre Entwicklung noch nicht abgeschlossen hat[103]).

---

100) Bewer, RABl. 1922, S. 704.
101) Bescheid des Reichsarbeitsministers vom 11. 10. 1920, I A 3253 im RABl. 1921, S. 330.
102) Siebert, DR Heft 23/24, S. 569; 1935.
103) Mansfeld, DAR, Jahrg. 2, S. 33.

c) Können Kündigungen nichtig sein?

Es muß ein Weg gefunden werden, der es ermöglicht, auch nach heutiger Gesetzeslage den einmal gegebenen Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers nicht dadurch illusorisch werden zu lassen, daß er formal gekündigt und dann mit einer Entschädigung abgetan wird. Dies ist aber nur dadurch zu erreichen, daß man derartige formale Kündigungen als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig sein läßt, so daß das Wahlrecht des Unternehmers gar nicht erst zum Zuge kommen kann. Ein solches Ergebnis würde sich allerdings als ein indirekter Zwang zur Weiterbeschäftigung darstellen, und es ist daher zu prüfen, ob man nach heutiger Rechtsanschauung schon sagen kann, daß Kündigungen in gewissen Fällen als sittenwidrig und damit als nichtig anzusehen sind.

Daß Kündigungen in Ausnahmefällen nichtig sein können, wird heute von kaum einer Seite noch bestritten. Die Kündigung ist nicht als ein abstraktes Rechtsgeschäft anzusehen, sondern man kann wohl mit Dersch[104]) sagen, „gerade die Kündigung erscheint als ein Rechtsgeschäft, das seinem natürlichen Wesen und der Verkehrsauffassung nach grundsätzlich nicht von dem Kündigungsmotiv losgelöst werden kann, sondern insbesondere auch rechtlich auf dieser Grundlage steht". Es kann daher im Rahmen dieser Arbeit darauf verzichtet werden, die bisher entgegenstehenden Meinungen darzulegen, sondern es ist nur auf die durch das AOG neugeschaffene Rechtslage einzugehen.

Streit herrscht heute nur darüber, in welchem Umfange die Kündigung zwar sozialwidrig sein kann, aber nicht nach § 138 BGB nichtig zu sein braucht. Auf die vorliegende Frage angewandt, heißt dies, sind Kündigungen, die nur zur Umgehung der tatsächlichen Beschäftigung ausgesprochen worden sind, nur sozialwidrig im Sinne des § 58 AOG oder auch als sittenwidrige gemäß § 138 BGB nichtig?

Es ist das Verdienst Mansfelds und Krauses[105]), eindringlich darauf hingewiesen zu haben, daß sich heute die Frage nach der Nichtigkeit einer Kündigung wegen Sittenwidrigkeit nicht ohne Berücksichtigung des den § 58 AOG abändernden Gesetzes vom 30. 11. 1934 beantworten läßt. Eine gewisse unterschiedliche Betrachtung ergibt sich daher daraus, je nachdem die Urteile und Ansichten vor oder nach dem Gesetz zur Erweiterung des Kündigungsschutzes vom 30. 11. 1934 ausgesprochen wurden. So

---

104) Dersch, DAR, 1935, S. 126.
105) Mansfeld, Anm. zu RAG 23, S. 82. Krause, JW 1935, S. 1311.

erklären z. B. 3 Urteile des Arbeitsgerichts Berlin[106]) aus dem November 1934 die vorliegende Kündigung für sittenwidrig und deshalb nach § 138 BGB für nichtig, weil sich der Führer des Betriebes durch seine Kündigung mit dem gesunden Anstands- und Gerechtigkeitsgefühl derjenigen Kreise in Widerspruch gesetzt habe, denen er als Führer des Betriebes angehöre.

Willy Franke[107]) forderte nun, daß willkürliche oder aus offensichtlich unsachlichen Gründen erfolgte Kündigungen sittenwidrig und deshalb nichtig seien, so insbesondere, wenn sie ohne Angabe von Gründen erfolgt oder auf Gründe gestützt seien, die einer Nachprüfung nicht standhielten[108]). Diese Gedanken werden auch in der amtlichen Begründung des Gesetzes zur Erweiterung des Kündigungsschutzes vom 30. 11. 1934 aufgeführt. Wenn es in dem Gesetz heißt, daß „eine weitere Verschärfung der Kündigungsschutzvorschriften für diejenigen Fälle geboten ist, in denen die Kündigung offensichtlich willkürlich oder aus nichtigen Gründen unter Mißbrauch der Rechtsstellung im Betriebe erfolgt ist", so zeigt damit der Gesetzgeber ziemlich deutlich, daß im allgemeinen eine derartige willkürliche Kündigung noch nicht deren Nichtigkeit zur Folge hat.

Derartige Kündigungen würden zweifellos zivilrechtlich gemäß § 138 BGB nichtig sein, aber der Gesetzgeber zeigt, daß sie im Bereich der Arbeitsverfassung doch rechtswirksam sein können. Während vor dem Gesetz vom 30. 11. 1934 das Reichsarbeitsgericht[109]) sittenwidrige Kündigungen einfach nach § 138 BGB nichtig sein ließ, hätte man erwarten können, daß es nach dem Erlaß des Gesetzes zu dieser Frage Stellung genommen hätte. Leider ist dies in dem Urteil vom 20. 2. 1935[110]) noch nicht der Fall, indem das RAG nur ausspricht, daß die Kündigung „mithin nichtig sei" (§ 138 BGB).

Nach Krause[111]) ist aus dem Gesetz vom 30. 11. 1934 zu folgern, daß jetzt die typischen Fälle der willkürlichen Kündigung unter diese Sondervorschrift fallen, so daß sie also nicht nach § 138 BGB nichtig sind, so z. B. „wenn der Unternehmer berechtigten Forderungen oder Klagen eines Gefolgschaftsmitgliedes aus Machtdünkel mit der Entlassung begegnet,

---

106) Vgl. Krause, a. a. O. S. 1312; ebenso Schütt, S. 46 ff.
107) in „Der Deutsche" Nr. 299 v. 23. 12. 1934.
108) a. M. LAG Nr. 39 im RAG 24, S. 67 ff.
109) RAG 6 S. 96; 11 S. 75; 12 S. 172; 13 S. 487; 16, S. 297; 17 S. 392.
110) RAG 23 S. 58 ff.
111) Krause a. a. O. S. 1313, 1315.

oder an Fälle, in denen bewährten langjährigen Mitarbeitern wegen einmaliger geringfügiger Verstöße gegen die Arbeitsdisziplin gekündigt wird, wo die Kündigung ohne Angabe von Gründen oder nur vorgeschützten Gründen erfolgt." Hierher rechnet er auch die sog. Druckkündigung.

Krause sucht seine strenge Auslegung des Gesetzes durch verschiedene Argumente zu begründen. Zunächst weist er den Einwand zurück, daß die Arbeiter und Angestellten eines Zwergbetriebes sich dann besser stellen würden, da die §§ 56 ff. AOG. nicht für diese gelten, in ihnen also die sittenwidrige Kündigung zweifellos stets zur Nichtigkeit führen muß[112]). Nach ihm dürfte es rechtlich keinem Zweifel unterliegen, daß die obigen Ausführungen über die Beschränkung der Nichtigkeit einer sittenwidrigen Kündigung auch für die Gefolgschaftsangehörigen von Zwergbetrieben gilt. Krause folgert daraus, da der Gesetzgeber die Angehörigen eines Zwergbetriebes nicht unter den Schutz der §§ 56 ff. AOG gestellt habe, daß sie dann auch nicht gegen offensichtlich willkürliche oder unter Mißbrauch der Machtstellung des Unternehmers ausgesprochene Kündigungen geschützt werden sollten.

Wenn dieses Argument auch nicht durchschlagend erscheint, so weist er doch mit Recht darauf hin, daß die enge Zusammenarbeit in einem Kleinbetriebe dann oft zu Unerquicklichkeiten führen wird. Umso verwunderlicher erscheint es dann aber, wenn Krause auf einem anderen Wege doch zu dem Ergebnis Mansfelds gelangt. Er behauptet nämlich, wenn auch die willkürliche Kündigung nicht nach § 138 BGB nichtig sei, so kann sie doch unter den sonstigen Voraussetzungen den Gefolgschaftsangehörigen einen Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB geben, der dann auch zur Weiterbeschäftigung des zunächst sittenwidrig Gekündigten führt[113]). Dann scheint aber seine ganze Beweisführung verfehlt und praktisch auf den Standpunkt Mansfelds hinauszulaufen, daß für Kleinbetriebe die sittenwidrige Kündigung eher zur Nichtigkeit nach § 138 BGB führt. Das wollte aber Krause gerade vermeiden, und seine Ansicht ist auch durch die neueste Entscheidung des RAG[114]) gebilligt worden. Es ist erfreulich, daß in dieser Entscheidung das RAG zu der Novelle vom 30. 11. 1934 eindeutig Stellung genommen und damit dem hieran anknüpfenden Streit ein Ende bereitet hat.

112) So z. B. Mansfeld, Anm. zu RAG 23 S. 83.
13) Krause a. a. O., S. 1315.
114) RAG 26, 2. Heft, S. 125 ff.

Das RAG steht nach wie vor auf dem Standpunkt, daß auch nach dem Gesetz vom 30. 11. 1934 Kündigungen nichtig sein können, so, wenn durch die Kündigung die Betriebsgemeinschaft gestört wird und deren Aufrechterhaltung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erfordert. Auch wenn dies nicht zutrifft, kann sie nach dem RAG[115]) derart nach Beweggrund und Zweck gegen die guten Sitten verstoßen, daß ihr jede Wirksamkeit abgesprochen werden muß, so z. B. wenn sie nachweisbar nur erfolgt ist, weil eine weibliche Angehörige des Betriebes sich unsittlichen Zumutungen des Führers des Betriebes widersetzt hat.

Jede Kündigung ist nach dem RAG eine Willenserklärung und unterliegt als solche der allgemeinen Sittenwidrigkeitsbestimmung des § 138 BGB. Wann die Kündigung gegen die guten Sitten verstößt, ist nach den Umständen des Einzelfalles zu entscheiden. Als Maßstab für die guten Sitten ist das herrschende Volksbewußtsein anzusehen und die Ziele, die sich der Nationalsozialismus gesetzt hat. Mansfeld[116]) ist der Ansicht, daß der neue Begriff der offensichtlich willkürlichen Kündigung ein rein tatsächlicher sei und daß „nichtige Kündigungsgründe" im Sinne dieses Gesetzes solche kleinlicher, nichtssagender Art sind und mit rechtlicher Nichtigkeit nichts zu tun haben. Wie Mansfeld[117]) ganz richtig darauf hinweist, hat es der Gesetzgeber jederzeit in der Hand, eine Milderung der getroffenen Regelung eintreten zu lassen oder aber auch sie zu verschärfen. Wenn der Gesetzgeber die augenblickliche Regelung zur Erreichung seiner sozialpolitischen Maßnahmen für genügend erachtet, dann zeigt er damit, daß nicht alle willkürlichen Kündigungen nichtig sein sollen.

Es ist aber unmöglich, die nichtige und nur willkürliche Kündigung etwa kasuistisch voneinander abzugrenzen, vielmehr müssen im einzelnen Falle die Belange der Gemeinschaft[118]) herangezogen werden. Liegt die Fortsetzung des Arbeitsvertrages im Interesse der Erhaltung der Betriebsgemeinschaft, so ist die Kündigung als nichtig anzusehen, umgekehrt geht das Interesse der Gemeinschaft dem des einzelnen vor. Das sind also ähnliche Gedankengänge, wie sie in dieser Arbeit zur Begründung eines Beschäftigungsanspruchs verwendet wurden. Es ist daher daraus zu folgern, daß, wenn eine Kündigung nur zum Zwecke der Umgehung

115) RAG 26, S. 134.
116) Mansfeld, DAR, 1934, S. 329.
117) Mansfeld, a. a. O. S. 332.
118) Mansfeld, Anm. zum RAG 23, S. 83; ebenso Koehler, DJ S. 647, 1935.

der Verwirklichung des Beschäftigungsanspruchs ausgesprochen worden ist, diese gemäß § 138 BGB nichtig ist, vorausgesetzt natürlich, daß auch hier keine wichtigen Interessen der Betriebsgemeinschaft entgegenstehen.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß die grundsätzliche Anerkennung eines Beschäftigungsanspruchs eine Forderung der Zeit ist, und es ist erfreulich, wenn auch die Rechtsprechung[119]) daran geht, dem Beschäftigten ein tatsächliches Mitwirkungsrecht bei dem Arbeitsprozeß zuzusprechen. Da ferner dem Beschäftigten der Beschäftigungsanspruch nur zusteht, wenn feststeht, daß keine „Betriebsgründe" dem entgegenstehen, so muß er sein Recht auf Beschäftigung auch zwangsweise nach § 888, I ZPO durchsetzen können[120]), wobei klargestellt worden ist, daß Geist und Ziel des AOG diesem Ergebnis nicht entgegenstehen.

2. Ausblick.

Abänderung des § 888, II ZPO.

Aus der neuen Wertung der Arbeit und der Gemeinschaft ergeben sich aber nicht nur Rechte des Beschäftigten, sondern auch erhöhte Pflichten. So wird er mehr als bisher aus seiner in der Betriebsgemeinschaft begründeten Treue verpflichtet sein, in Notfällen auch andere als vertraglich bestimmte Arbeiten zu leisten. „Eine erschöpfende Aufzählung der Anwendungsfälle der Treupflicht ist unmöglich, vielmehr ist sie der Grundton, der das ganze Verhältnis der Gefolgschaft zum Führer durchschwingt"[121]). Es muß daher bezweifelt werden, daß die Vorschrift des § 888, II ZPO über die Unerzwingbarkeit von Diensten in dieser Allgemeinheit heute noch als eine befriedigende angesehen werden kann. Es ist gezeigt worden, daß es sehr wohl erforderlich sein kann, den Unternehmer zu zwingen, seine Gefolgschaft auch tatsächlich zu beschäftigen. Umgekehrt kann auch der Unternehmer und darüber hinaus das dringende Interesse der Gemeinschaft es erforderlich erscheinen lassen, daß der Dienstverpflichtete auch seine Dienstleistungen erbringt und nötigenfalls durch

119) Vgl. Arbeitsgericht Oppeln: Die Entscheidung selbst ist leider nicht veröffentlicht, ergibt sich aber aus der Entscheidung des LAG Nr. 36 in Bd. 24 des RAG S. 158 ff. Dem LAG ist insoweit zuzustimmen, daß eine Kündigung mit Zahlung des Lohns für die Kündigungsfrist unter Verzicht auf d. Arbeitsleistung nie als „fristlose" Kündigung angesehen werden kann.

120) Ebenso Bewer, LZ, 1924 Sp. 107; Kopacz, S. 58 zu Anm. 24; Braun S. 9; Lohwasser S. 64.

121) Dersch § 3 Anm. 4b S. 33.

Vollstreckungszwang erbringen muß. Einen derartigen Zwang fordert z. B. schon Bewer[122]) gegen einen höheren Angestellten, der urteilswidrig die geschuldeten Dienste verweigert, dadurch vielleicht die Aufrechterhaltung des ganzen Betriebes gefährdet und die Arbeit der ihm unterstellten arbeitswilligen Arbeiter zum Schaden des Unternehmers unterbindet.

In der Arbeitszeitordnung zeigt der Gesetzgeber ähnliche Gedanken auf. Zwar ist nach dem Wortlaut der AZO eine Mehrarbeit unter gewissen Voraussetzungen nur öffentlich-rechtlich gestattet, aber richtiger Ansicht zufolge[123]) enthält die Bestimmung über die Zulässigkeit in Verbindung mit § 1 AOG und der Treupflicht aus dem Arbeitsvertrage zugleich eine rechtliche Verpflichtung zu solchen Mehrarbeiten, namentlich für die in den §§ 6, 11, 13 AZO bezeichneten Fälle. So können sie in gewissen Fällen verpflichtet sein, 10 Stunden am Tage zu arbeiten und in Ausnahmefällen, wenn es das Gemeinwohl erfordert, ist noch eine Ueberschreitung dieser Grenze möglich (§ 13 AZO).

Eine derartige Ueberschreitung soll zwar nur stattfinden aus dringenden Gründen des Gemeinwohls, die im ausdrücklichen Gegensatz zu den Privatinteressen stehen, auch zu den privaten Interessen des einzelnen Unternehmers[124]). In Betracht kommen hier die dringenden Interessen der deutschen Volkswirtschaft an verläßiger Erfüllung übernommener Auslandslieferungen oder öffentliche Interessen, die mit der Gewinnung von Rohstoffen, mit rechtzeitiger Lieferung für den öffentlichen Bedarf usw. verknüpft sind. Zu denken ist heute ferner, besonders in diesem Zusammenhange, an die nationale Aufrüstung. Gerade in diesen Fällen ist es für den Unternehmer oft unmöglich oder doch nicht zumutbar, bei Arbeitsverweigerung rechtzeitig Ersatzkräfte herbeizuschaffen, da es sich oft um Geheimfabrikation handeln wird, zu der nur bekannte und zuverlässige Arbeiter herangezogen werden können.

Soll nun der Arbeitgeber nur das Recht haben, gegebenenfalls bei Arbeitsverweigerung den Beschäftigten zu entlassen und vielleicht Schadensersatz von ihm verlangen? Damit wird kaum sein Interesse befriedigt sein, erst recht nicht das der Gemeinschaft. Es wäre daher zu wünschen, daß für derartige Fälle in Zukunft die Vorschrift des § 888, II ZPO eingeschränkt wird. Wenn dies auch zweifellos einen starken Eingriff in

122) Bewer, RABl. 1922, S. 705 Anm. 25.
123) Rohmer, § 11 Anm. 2 S. 34.
124) Rohmer, S. 52a.

die „Freiheitssphäre" des Einzelnen bedeutet, so ist uns doch auch sonst die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten — und eine etwaige Erzwingung — eine Selbstverständlichkeit. (z. B. Arbeitsdienst, Wehrdienst).

Es ist nicht zu verkennen, daß dieser Zwang in den aufgezeigten Fällen eher zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichtinteressen, die im einzelnen Fall in das Arbeitsverhältnis einwirken, dient. Doch sind m. E. auch Fälle denkbar, in denen der Unternehmer und mit ihm die Betriebsgemeinschaft ein überragendes Interesse daran haben können, daß der einzelne Beschäftigte auch tatsächlich arbeitet.